دكتور عبد الحميد محمود البعلي

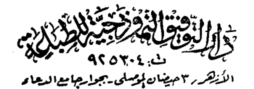
أستاذ الفقه المقارن والاقتصاد الاسلامى
رئيس قسم الاقتصاد — كلية الشريعة
وأصول الدين جامعة محمد بن سعود
الإسلامية — ابها — (سابقا)

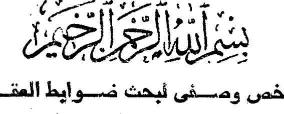
ضوابط العقود

دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى وموازنة بالقانون الوضعى وفقهه

الناشر
مكتبة وهبة
١٤ شارع الجمهورية - عابدين
تليفون ٣٩١٧٤٧٠

الطبعـة الأولى





ملخص وصفى لبحث ضوابط العقود في الفقه الاسلامى

● **تقديم :**

ان الكتابة فى الفقه بطريقة الضوابط أحد الوسائل العلمية لتبسيط المادة وتيسيرها على نحو دقيق وان لم تكن تلك الطريقة بمستحدثة فقد استخدمها كثير من الفقهاء الذين كتبوا فى القواعد الفقهية .

فالضوابط الفقهية تقدم للقارىء والباحث فى موضوع واحد أحكامه فى فروعه المختلفة دون تفصيل أو اسهاب ، أما القواعد الفقهية فتتسع لأكثر من موضوع من موضوعات الفقه . وأخرج لنا الفقهاء فى القواعد الفقهية العديد من المؤلفات مثل كتاب قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام والقواعد الفقهية لابن حجر وابن رجب والكرخى وابن الساعاتى وغيرهم.

والعقود الفقهية من أهم أبواب المعاملات الاسلامية والكتابة فيها بطريقة الضوابط قد تكون أكثر فائدة من غيرها .

لذلك كان اهتمامى بمحاولة تقديم العقود على هذه الطريقة تيسيرا لها وجمعا لمتفرقاتها وضبطا لمسائلها .

فصل تمهيدى : عن العقد

المطلب الأول ــ معلومات تمهيدية عن العقد تشتمل على ما يلى :

أولا ــ لمحة تاريخية عن العقد .

وقد أوضحت فيها اختلاف نظرة الأنظمة الوضعية القديمة للعقود عنها فى التشريع الاسلامى الذى لم يخضع العقود لأنماط من الشكلية

كالقانون الرومانى مثلا ، الا ما اعتبر فيه مصلحة ثابتة دائمة ومساس بالغاية المقصودة من العقد كلزوم الاشهاد فى عقد النكاح وطريقة التلاعن بين الزوجين والارشاد الى توثيق العقود واشتراط القبض فى عقد الرهن والتبرع مثلا .

وهنا حاولت استخلاص الأصول والمبادىء الأساسية التى توضح نظرة الفقه الاسلامى الى العقود ، ومن هذه الأصول ما يلى :

الفصـل الأول : تكوين العقـــد

المبحث الأول : أركان العقـد •

تمهيد : معنى الركن والفرق بينه وبين الشرط •

المطلب الأول : صيغة العقد •

ويراد بها ما يتحقق به العقـد ويوجد بما يدل على ذلك من لفظ أو اشارة أو كتابة أو فعل وغيرها •

أولا ــ الايجاب والقبول ، وأقوال المذاهب الاسلامية •

ثانيا ــ شروط الايجاب والقبول :

الشرط الأول ــ أن يكون الايجاب والقبول بلفظ الخبر •

صيغة المـاضى والمضارع والاستفهام والاستقبال •

ومن دراسة هذه المسألة خلصنا الى عدة أمور هى :

١ ــ ان الفقهاء المسلمين يؤثرون صيغة المـاضى لانعقاد العقـد على العموم لدلالتها على التحقيق •

٢ ــ ان اللفظية غير الشكلية ، فاذا كان الفقهاء يؤثرون اللفظ فانه لا يشترط لفظ معين بل يجوز أى لفظ يؤدى الى معنى المبادلة مثلا فى البيع وذلك ما لم تختص بعض العقود بألفاظ معينة •

٣ ــ ان اهتمام الفقهاء بالصيغة انما لكونها وعاء الارادة •

التعبير بغير اللفظ كالكتابة والرسالة والاشارة والتعاطى والدلالة، وبيان الضابط الفقهى فى كل وسيلة من هذه الوسائل أخذا من أقوال الفقهــاء •

الشرط الثانى : توافق الايجاب والقبول ، معناه وصوره وعدم تغير المحل ما بين الايجاب والقبول •

الشرط الثالث : التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد •

المقصود بمجلس العقد والراجح فيه من الأقوال •

عقود مستثناة من اشتراط القبول فى مجلس الايجاب .
النتائج التى تترتب على مجلس العقد مع بيان الضابط الفقهى فى كل مسـألة .

المطلب الثانى : العـاقدان .

الفرع الأول : الأهلية ، معناها وأنواعها وضابط كل نوع .
عقود وتصرفات الصبى المميز والمعتوه والسفيه وذو الغفلة .
أهلية المرأة فى الشريعة الاسلامية وما ثار من خلاف فقهى حول :

١ ــ صلاحية عبارة المرأة لانشاء عقد النكاح وصحة مباشرتها له.
٢ ــ كمال ولايتها المـالية .

المريض مرض الموت والضـابط الفقهى فى مرض الموت وعقـود وتصرفات المريض مرض الموت وتعلق حق الدائن وحق الوارث بمال المريض وآثار تعلق حقوق الدائنين والورثة فى تصرفات المريض .
أقسام أقوال المريض مرض موت التى تمس حقوق الدائنين والورثة.
الفرع الثانى : الولاية ، معناها وأقسامها وشروط الولى .

الوكالة فى التعاقد ، معناها وشروطها فيما يتعلق بالموكل والوكيل ومحل الوكالة . أنواع الوكالة .
الفرع الثالث : تولى عاقد واحد العقد عن الجانبين (تعاقد الشخص مع نفسه) . أقوال الفقهاء فى ذلك .

المطلب الثالث : المعقود عليه (محل العقد) .

المقصود به وشروطه وما يترتب على كل شرط من مسائل ، وبيان الضابط فى كل مسألة .

المبحث الثانى : الارادة العقدية .
ان للارادة الأثر الأول فى انشـاء العقد ، وتنقسم فى اصطلاح الفقهاء الى قسمين : الارادة الباطنة ، والارادة الظاهرة .

الفصل الثانى : أقسام العقود

ثانيا ـ شروط صحة العقد .

ثالثا ـ شروط نفاذ العقد .

رابعا ـ شروط لزوم العقد .

المبحث الثانى : أقسام العقود .

تنقسم العقود الى أقسام عديدة بحسب الجهة التى ينظر اليها .

أولا : تنقسم العقود من ناحية الصيغة الى ثلاثة أقسام : منجز ومضاف ومعلق .

ثانيا : تنقسم العقود بحسب طبيعتها ونوعها الى معاوضات وتبرعات واسقاطات واطلاقات وتغييرات وشركات وتأمينات أو ضمانات واستحفاظات .

ثالثا : أقسام العقود باعتبار وصفها بالصحة والبطلان ، والصحيحة تنقسم الى صحيح نافذ سواء أكان لازما أو غير لازم ، وصحيح موقوف. وأما العقد غير الصحيح فالأحناف يقسمونه الى باطل وفاسد مع بيان ضابط كل نوع .

وبعـد . . .

فلقد حاولت فى هذا البحث أن أتبع طريقة الضوابط ما سمحت بذلك طبيعة المسألة اعتقادا منا بأن هذا يساهم فى تقديم الموضوعات الفقهية على نحو دقيق وميسر ويساعد على تطبيقه وتقنينه وبخاصة والأمة الاسلامية تشهد صحوة شرعية عملية .

نسأل الله سبحانه وتعالى أن يهىء لنا من أمرنا رشدا وأن يأخذ بنواصينا الى الحق ، ويتم نعمته علينا .. انك أنت يا مولانا على كل شىء قدير .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين ؟

د . عبد الحميد محمود البعلى

* * *



مقدمة

الحمد لله نستعينه ونستغفره ونستهديه ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن عمل بهديه وشريعته الى يوم الدين ..

وبعد ..

فان الأحكام الشرعية كثيرة ومتنوعة منبثة فى الكتب الفقهية ، وقد تكون موجودة فى غير مظانها ومذكورة فى غير أبوابها ، بل ان الكتب الفقهية تتفاوت فى استيعابها للموضوعات والأحكام ، وتتفاوت فى لغتها وأسلوبها وترتيبها وتشعب الآراء المذهبية فيها ، وكل ذلك يجعل البحث عن الأحكام الفقهية فى الموضوعات العصرية واستخراجها من مظانها وغير مظانها فى الكتب الفقهية يحتاج الى مقدرة ومرونة خاصة ، والى تكوين فقهى متين ، لم يتهيأ لأكثر أهل العصر ، نظرا لظروفهم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والدولية .

ومن هنا فان الحاجة ماسة الى تيسير مراجعة النصوص الفقهية ، باخراج كتب فى المعاملات الشرعية سهلة المأخذ والمطالعة لمن يريد ، وفى نفس الوقت تكون حاوية للآراء والأقوال المعتمدة ، لتيسير التطبيق العملى والممارسة الفعلية ، دون تعصب لمذهب معين ، أو لامام من الأئمة، خاصة وأن الأئمة قد روى عن أكثرهم النهى عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم ، فأبو حنيفة يقول : « علمنا هذا رأى ، فمن جاءنا بأحسن منه قبلناه » ، ويقول أبو يوسف : « لا يحل لأحد أن يقول قولنا من غير أن يعلم من أين قلناه » . ويقول الشافعى : « مثل الذى يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب وفيها أفعى تلدغه وهو

لا يدرى » ، ولا يغيب عن البال ما تحمله هذه الأقوال من دلالة على أن كلام هؤلاء الأئمة موجه أساسا الى من هو أهل للنظر .

ومن أسبق المحاولات على هذا الدرب ـ فيما نعلم ـ كانت مجلة الأحكام العدلية ، التى عمل بها وطبقت أحكامها فى شعبان سنة ١٢٩٣ هـ فى محاكم الدولة العثمانية ، ولكنها كانت مصوغة من فقه المذهب الحنفى فقط ، وهذا هو أهم ما يؤخذ عليها ، ذلك أن المذهب الواحد مهما اتسع بأصوله وفروعه وتشعبت نظراته وتخريجاته ، لا يمكن أن يكفى الأمة فى حاجاتها المستمرة والمتجددة ، فمرونة الفقه الاسلامى وعمومية التشريع الاسلامى وخلوده انما تتجلى فى مجموع مذاهبه الاجتهادية لا فى مذهب واحد .

ثم ظهرت محاولات جادة بعد ذلك باسم الموسوعات الفقهية فى مصر وسوريا والكويت ، ولكنها هى الأخرى لم تحقق الهدف ، ولم تنهض بالمسئولية كاملة بعد .

كما شكلت لجان هنا وهناك لتجلية مبادىء الشريعة الاسلامية ولكنها سرعان ما توقفت .

وما أحوجنا اليوم الى تشريع عام فى المعاملات المدنية ، يلم شملها ، ويجمع شتاتها فى الفقه الاسلامى على الأقوال المختارة فى المذاهب الاسلامية المختلفة .

وانها بحق مهمة عظيمة ومسئولية جسيمة ، تنادى أهل التخصص فرض عين ، وتنادى المؤسسات العلمية والهيئات والجهات المعنية .

وكتاب «ضوابط العقود فى الفقه الاسلامى» محاولة جادة لجمع شتات العقود ، فمن استوعب كلياتها وضوابطها مستقلة عن الجزئيات والفروع ، سهل عليه رد الفروع الى الأصول ، والجزئيات الى الكليات ، واستنباط أحكام الثانية من الأولى دون ما اضطراب ، كما أن هذا الكتاب بسهولة أسلوبه ودقة تقسيمه وضبط مسائله ليساعد على نشر الثقافة الفقهية الاسلامية فى مجال المعاملات المدنية .

وبغية تحقيق كل ذلك حاولت استخدام طريقة « الضـوابط » لا التفصيل الفقهى وفق مذاهب العلماء ، ولا القواعد الفقهية ، لمـا فيها من الشمول لأكثر من موضوع قد لا يكون بينها اتصال مباشر ٠

أما الضابط فينطبق على جزئيات يجمعها باب واحد أو موضوع واحد ومن ثم يحتاج بيان الضابط فى جزئيات الموضوع الواحد الى دقة فقهية فى صوغ المسألة دون اسهاب أو تفصيل فذلك مكانه فقه المذاهب وكتبهم المتبحرة فيه ٠

وقد فرق ابن نجيم بين الضابط والقاعدة فقال[1] :

« ان القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى ، والضابط يجمعها من باب واحد ٠٠ هذا هو الأصل » ٠

وعرف صاحب المعجم الوسيط الضابط فقال[2] :

« الضابط عند العلماء حكم كلى ينطبق على جزئياته ، جمعـه ضوابط ، والقاعدة من البناء أساسه » ٠

هذا ، وما أحوج العاملين فى المؤسسات المـالية الاسلامية خاصة الى هذا الكتاب للوقوف على المبادىء الأساسية التى توضح وجهة نظر الفقهاء المسلمين للعقود وموقفهم منها ، وما أحوجهم أيضا اليه لمعرفة أركان العقد وشروطه وما يعيب العقد أو يعيب ارادة المتعاقدين ونحو ذلك مما هو مبسوط فى فصول الكتاب ٠

نسأل الله العلى القدير أن ينفع به ان شاء الله ٠٠٠ آمين ؟

د٠ عبد الحميد محمود البعلى

٭ ٭ ٭

---

(١) الاشباه والنظائر ص ١٦٦
(٢) جـ ١ ص ٥٣٣ و جـ ٢ ص ٧٤٨

فصـــل تمهيـــدى عن العقـــــد

قبل أن نشرع فى شرح مقومات العقد وتقسيم العقود ، يتعين أن نقدم لكل ذلك بمعلومات عامة وهامة عن العقد فى الفقـه الاســـلامى تعين على فهم ما سيأتى من فصول فى العقد فى اطارها السليم والدقيق .

فنعطى لمحـة تاريخية عن كيفيـة نشـــوء فكرة العقـد ، وعن أهمية العقود فى معاملات الناس فى الفقه الاســـلامى ، ونعقب على ذلك بالمبادىء الأســاسية التى توضـح نظرة الفقه الاســلامى الى العقــود وبما يثبت أنه فقـه متميز ومستقل بذاته ، وبعد ذلك لا بد من تعريف العقــد ، والتمييز بينه وبين ما قد يتماثل معه من مصطلحات العهـــد ، والتصرف والالتزام والوعد ... وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول

تمهيــــــد عن العقـــــد

أولا : التطـــور التاريخـى للعقــــود

من المقرر لدى علماء الاجتماع أن الانســان اجتماعى بطبعه يميل الى العيش فى جماعة ، وتلبيه حاجاته تقتضى التعامل مع الآخرين لســد تلك الحاجات ، ومن ثم ظهر التبادل الفورى فى المعاملات . وفى مرحلة أكثر تقدما تشعبت حاجات الانســان وتطورت ، فظهر تبادل الأعيان ، ثم ظهرت فكرة النقود كوسيلة للتبادل .

ولكن لا يعرف على وجه التحديد كيف نشـأت فكرة العقـد ، وان كان بعض الباحثين يرجعه الى أنه متولد عن فكرة الدية التى حلت محل الأخذ بالثأر ، وكانت ذات طابع مدنى وعقابى ــ أى تجمع بين صفتى العقوبة والتعويض فى آن واحـد .

ويرجعه البعض[1] الى اتفاق الخصمين على التحكيم بينهما ، وأن الأديان كان لها أعظم الأثر فى ظهور فكرة التعاون واحترام العهود والوفاء بها وان كانت الأديان السابقة على الاسلام لم تهتم بالمعاملات مثلما اهتم بها التشريع الاسلامى وفقهاؤه ، فمن المسلم به أن الاسلام عقيدة وشريعة تنظم أمر الدين والدنيا فى توازن دقيق ، وعلى نسق رائع لم تسبقه فى ذلك الشرائع السماوية السابقة عليه ولا النظم الوضعية ، وهذا أمر طبيعى باعتبار أن الاسلام هو الدين الخالد والشريعة الخاتمة .

ولقد اشتمل القانون الرومانى على أنواع من العقود تخضع لصور مختلفة من الشكلية ، فكان الرومان يشترطون أشكالا معينة لبعض العقود كالبيع والنكاح ، ولا تعتبر تلك العقود صحيحة ونافذة دون تحقق الشكلية التى يتطلبها القانون ، فمثلا : كان الرومان يشترطون وجود المبيع فى مجلس العقد ، ففى بيع الأراضى اشترطوا احضار جزء من ترابها ، رمزا الى حضورها فى مجلس العقد .

ولم يصل القانون الرومانى — على عراقته — الى قاعدة الرضائية فى العقد ، الا فى آخر مراحل تطوره وتحت ضغط التطور ، وعلى أثر اتساع الحياة الاقتصادية .

وكان العرب أيضا فى الجاهلية يعرفون أنواعا من البيوع يغلب عليها طابع الشكلية كبيع الملامسة، والمنابذة، والقاء الحجر، ثم جاء الاسلام ونهى عن تلك البيوع ، وغيرها من عقود الغرر ، لما تؤدى اليه من جهالة وما تفضى اليه من نزاع .

والتشريع الاسلامى لم يأت فى أصله بشىء من الشكليات التى لا دخل لها فى تحقيق العقد بين طرفين ، الا ما اعتبر فيه مصلحة

---

(١) د. السنهورى — نظرية العقد — فقرة ٩٨ ، الشريعة الاسلامية ، بدران أبو العينين بدران ص ٣٦٢

ثابتة دائمة ، ومساس بالغاية المقصودة من العقد كلزوم الاشهاد فى عقد النكاح ، وطريقة التلاعن بين الزوجين ، عندما يتهم الرجل زوجته بالزنا ، والارشاد العام الى توثيق العقود بالكتابة أو الشهادة واشتراط القبض فى عقد الرهن والتبرع .

وقد اشتمل القرآن الكريم على الآيات التى تثبت مشروعية العقد فى التشريع الاسلامى فيقول الله تعالى :

﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾(١) .

ويقول سبحانه وتعالى : **﴿ وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا ﴾(٢)** بل ان الله قد أضاف العهد الى نفسه دلالة على أهمية الوفاء به ، فقال تعالى : **﴿ وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ﴾**(٣) . وقوله تعالى : **﴿ وشروه بثمن بخس دراهم معدودة ﴾(٤)** .

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » .

❋ ❋ ❋

ثانيا : أهمية العقود فى معاملات الناس

تستعمل كلمة الفقه فى اللغة بمعنيين :

الأول : مطلق الفهم والفطنة .

الثانى : فهم غرض المتكلم من كلامه(٥) .

وقد وردت كلمة الفقه فى القرآن الكريم بمعنى الفهم الدقيق فى قوله تعالى : **﴿ واحلل عقدة من لسانى . يفقهوا قولى ﴾**(٦) .

---

(١) المائدة : ١ — (٢) الاسراء : ٣٤

(٣) النحل : ٩١ — (٤) يوسف : ٢٠

(٥) انظر التعريفات للسيد الجرجانى ص ١١٢

(٦) طه : ٢٧ ، ٢٨

وقوله تعالى : ﴿**لهم قلوب لا يفقهون بها**﴾(١) .

وقوله تعالى : ﴿ **قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول** ﴾(٢) .

وعرفه ابن القيم بقوله : « الفقه أخص من الفهم لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه وهو قدر زائد على مجرد فهم اللفظ فى اللغة ، ويتفاوت الناس فى الفهم بتفاوت مراتبهم فى الفقه والعلم » .

وقد صار الفقه يطلق على العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبط من أدلتها التفصيلية .

والفقه الاسلامى نظام روحى وبدنى لأن الشرع الاسلامى جاء منظما لأمور الدين والدنيا فهو ينظم علاقة الانسان بربه ، وعلاقته بغيره من الأفراد ، وعلاقته بالمجتمع الذى يعيش فيه .

وعلى ذلك ينقسم الفقه الاسلامى الى : عبادات ، ومعاملات ... الخ .

وأحكام المعاملات هى المتعلقة بأعمال الانسان وتصرفاته التى بقصد بها تحقيق المصالح الدنيوية .

والمعاملات — جمع معاملة — وهى تبادل الأموال والمنافع بين الناس بواسطة العقود والتصرفات ، ومن ثم تعتبر العقود من أهم وسائل المعاملات بين الناس كالبيع والاجارة والشركة والكفالة والرهن ، والهبة والوصية ، والعارية والقرض ، والوديعة والحوالة والصلح والمزارعة والمساقاة والوكالة ... الخ .

ولقد أصبحت العقود فى المعاملات المعاصرة تحتل أهمية بارزة وقيمة كبيرة ، اذ تعددت أطرافها وتشابكت مع بعضها فى المعاملة

---

(١) الاعراف : ١٧٩ (٢) هود : ٩١

الواحــدة وبصفة خاصة فى عقود المبادلات المــالية والتجارة الداخلية والخارجية على وجه الخصوص ، وظهرت منها عقود جديدة كثيرة لا تدخل تحت مسمى العقود المعروفة أو المــألوفة فى كتب الباحثين .

ونضرب الأمثال على العقود المتعددة الأطراف أصحاب المصــالح المختلفة ، والعقود المتشابكة أى أن المعاملة الواحدة تقتضى الدخــول فى أكثر من تعاقد ، والعقود الجديدة فى المعاملات المعاصرة :

(أ) تعدد أطراف العقود مع اختلاف طبيعة العلاقات العقدية :

لا نقصد بتعدد أطراف العقد تعدد أهل الايجاب أو أهل القبول ، فذلك أمر قد يحصل ولكنه ليس هــو مقصــودنا ، بل اننا نقصــد التعدد المتمثل فى اختلاف طبيعة العلاقات بين أطراف العقد والتى لا تتم احداها بدون الأخرى ، فمثلا عقــد شراء بضاعة مع فتح اعتماد مستندى اذ لا تتم الصفقة بين التاجر المستورد أو الشخص المستورد والشخص المصدر وقد يكون كلاهما شخصا معنويا بدون أن يقوم البنــك بدور ايجابى محدد فى هــذه العملية ســواء أكان ذلك الدور يؤديه البنك مباشرة أو عن طريق مراسلة فى بلد المصــدر ، والتأكد من خلال هذا الدور من ســلامة تطبيق شروط العقــد المبرم بين طرفاه الأصــليان وحتى يستطيع المصــدر أن يحصل على الثمن المتفق عليه مع المستورد.

ومن الواضح فى مثل هــذه المعاملة أن طبيعة العلاقة العقــدية بين المستورد والمصــدر تختلف عن طبيعة العلاقة بين المستورد والبنك وكذلك العلاقة بين البنك والمصــدر ومن ثم اختلاف المصــلحة التى تحققها كل علاقة ، وان كان يجمعها معاملة واحــدة لا تتم بدون أى من هذه العلائق العقدية المختلفة والمتتامة مع بعضها البعض .

(ب) العقود المتشابكة أو المرتبطة :

ونقصد بذلك ما تتطلبه عقــود التجارة الخارجيــة بل ما قــد

تستلزمه من عقــود تأمين وعقود نقل وشحن بل ان التأمين على البضائع قد يكون الزاميا •

(جـ) العقود الجديدة او المستحدثة :

لا شك أن المعاملات المعاصرة تمخضت عن كثير من أنواع العقود التى ليس لها مسمى معروف فى الســابق ، ومن هذه العقود على سبيل المثــال :

ـ عقود المشاركة المنتهية بالتمليك :

ومضمون هذا النوع من العقــود هو اشــتراك طرفا العقــد فى مشروع ما لا بقصــد الاستمرار وانما على أســاس خروج أحدهمــا من المشــاركة وحلول الطرف الآخر محله فى ملكيتــه التى يبيعها اليــه متجمعة بقسطها من الثمن والربح حسب سعر الســوق وقت البيــع ، وهكذا حتى تؤول ملكية المشروع بأكمله الى المشترى •

ـ عقود المرابحة للآمر بالشراء :

ومضمونها أن طالب الشراء يطلب من البائع ســلعة ليست عنده وقت طلبها على أن يشــتريها له وبعــد أن يتملكها يبيعها لطالب الشراء بما قامت عليه من الثمن والربح المتفق عليه •

ـ عقود التــاجير التمويلى :

ومضمون هذا النوع من العقود أن التعامل فيها يجرى على المنافع فالمســتأجر للشىء المســتأجر يقوم باعادة تأجيره لمســتأجر آخر وفقا لمــا يتم الاتفاق عليه فى هذا العقد من شروط •

وهكذا يظهر جليــا أهمية العقود فى المعاملات المعــاصرة والدور الهام بل الخطير الذى تؤديه فى تحقيق مصالح الناس المتغيرة والمتطورة مما يفرض على الباحث مواكبة حركة الواقع تبيانا وتأصــيلا وضــبطا وتوجيها •

* * *

ثالثا : موقف التشريع الاسلامى من العقود

بامعان النظر وانعامه فى التشريع الاسلامى وتفهمه نجد أن فيه من الأصول والقواعد الكلية التى تحكم نظرة الفقه الاسلامى الى العقود ، وتشكل الاطار العام للنظر فى العقود على وجه العموم ، وتعين فى الوقت ذاته على ابراز سمات وخصائص العقود فى الفقه الاسلامى بما يميز ذلك الفقه ، ويثبت ذاتيته واستقلاله ، ويؤكد صلاحيته لكل زمان ومكان ويعطيه أولويته فى التطبيق العملى فى معاملات الناس ، ومن هذه الأصول والمبادىء الأساسية ما يأتى :

اولا — الرضا وطيب النفس :

العقود فى الشريعة الاسلامية الأصل فيها الرضائية وأساسها الرضا [1] ، فتنعقد بالتراضى الحر ، بالاتفاق بين طرفى العقد دون اشتراط شىء من المراسم الشكلية[2] الا على سبيل الاستثناء مع اختلاف

---

(١) انظر الطرق الحكمية جـ ١ ص ٢٨٢ طبعة ١٩٦١ ، الموافقات جـ ٢ ، البدائع جـ ٥ ، أعلام الموقعين جـ ٣ ، المدونة الكبرى للامام مالك جـ ١١ ، تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٥

(٢) يراجع ما تقدم تحت عنوان لمحة تاريخية ، وان كانت هناك حالات البيع الجبرى الذى يقوم باجرائه القاضى عن المدين للوفاء بديونه . وبيع الحاكم للأموال المحتكرة على محتكريها عندما يضر الناس احتكارها ، وحالة نزع الملكية الجبرى للمصالح العامة . وثبوت حق الشفعة شرعا للشريك والخليط والجار الملاصق الا أن ذلك لا يقدح فى الرضائية كأصل عام مقرر فى العقود بصفة عامة فى الفقه الاسلامى . هذا ويجب عدم الخلط بين الشكلية المطلوبة لاثبات العقد وكوسيلة لاثبات التصرفات بوجه عام ، وتعتمد على الشهادة بوجه عام فى الفقه الاسلامى فى مجال الاثبات وبين الشكلية المفروضة لتكوين العقد وانعقاده ، سواء أكانت الأخيرة لفظية — أى استعمال الفاظ معينة — أو غير لفظية وهى الأفعال التى لا بد من انضمامها الى التراضى كالاشهاد عند النكاح وفى عقد التحكيم — وعلى رأى البعض — فى الهبة والقرض والعارية والايداع والرهن والمضاربة والوصية والوقف والبيع . انظر فى تفصيل ذلك د. محمد وحيد الدين سوار — الشكل فى الفقه الاسلامى ص ٣٦ وما بعدها — مطبعة معهد الادارة بالرياض ط ١٩٨٥ م .

الفقهاء فى نطاق التصرفات التى تخضع للشكلية ، فعلى حين تتسع دائرتها عند ابن حزم لتشمل النكاح ، ويحرص الفقه الاسلامى على تحقيق الرضا الكامل بالعقد ، دون الرضا الكافى لانعقاد العقد . من أجل ذلك شرعت الخيارات وهى عديدة منها :

خيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار المجلس ، والغرض من هذه الخيارات عموما تحقيق الرضا عن بينة واختيار .

والأصل الشرعى لـ «الرضائية»: ورد فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: **﴿ يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ﴾(1)** .

وفى السنة النبوية لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه »(٢) .

ـ الرضا فى اللغة .

الرضا مصدر محض معناه طيب النفس وارتياحها أو الاختيار وفى ذلك يقول ابن الأثير : الرضا « صفة نفسية قائمة بالقلب »(٣) ومن ثم فهو اسم لمطلق الماهية .

أما التراضى فيتحقق معناه بتوافر أكثر من رضا . يقول القرطبى(٤) فى تفسير قوله تعالى : **﴿ يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ﴾** :

---

(١) النساء : ٢٩

(٢) انظر سبل السلام جـ ٣ ص ٥٩ ، ٦١ ، قاعدة العقود لابن تيمية ص ١٥٣

(٣) لسان العرب جـ ١١ ص ١٦٦٣

(٤) الجامع لأحكام القرآن جـ ٥ ص ١٥٣ ط دار الكتب المصرية ١٣٨٧ هـ ، جامع البيان للطبرى جـ ٨ ص ٢٢٢ ط دار المعارف بالقاهرة بتحقيق محمود شاكر ، تفسير القرآن لابن كثير جـ ١ ص ٤٧٩

« الا أن تكون تجارة عن تراض جاءت من التفاعل اذ التجارة بين اثنين أى عن رضا كل منهما . فالتراضى حقيقة فى المشاركة لأنه مصدر باب التفاعل الذى هو للمشاركة الحقيقية بين طرفين متساويين فى الفعل » .

ـ الرضا فى اصطلاح الفقهاء :

لما كان الرضا أمر نفسى داخلى ومن ثم يشتبك بغيره من المصطلحات النفسية الجوانية[1] كالارادة والاختيار والنية والقصد ، لهذا يلزم بيان الضابط فى كل ذلك .

باعمان النظر فى أقوال الفقهاء فى هذا الصدد يبين أن هذه المصطلحات بينها عموم وخصوص ، ونقصد بالعموم : القدر المشترك بينها فى المعنى ، والخصوص : انفراد كل مصطلح بمعنى خاص به من وجه معين .

ونستطيع أن نقول ان القدر المشترك فى المعنى بين هذه المصطلحات هو : « مجرد اتجاه الارادة الى الشىء » .

ويتضح لنا هذا المعنى من بيان المعنى الخاص لكل مصطلح ثم ايضاح وجه الشبه أو منطقة الاشتراك بينه وبين غيره من المصطلحات .

١ ـ المقصود بالرضا :

وفى هذا الخصوص يثور خلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء ، فالحنفية يعرفون الرضا بأنه « ايثار الشىء واستحسانه »[2] ، وبأنه

---

(١) جوانى الشىء : باطنه ، وضده البرانى ، وفى حديث سلمان : « ان لكل امرىء جوانيا وبرانيا فمن أصلح جوانيه أصلح الله برانيه » وروى فى من أصلح جوانيته أصلح الله برانيته .

(٢) التلويح على التوضيح للتفتازانى جـ ٢ ص ١٩٥ مطبعة محمد على صبيح بمصر ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠٧ ، حاشية الرهاوى على شرح المنار ص ٢٩٨

« امتلاء الاختيار – أي بلوغه نهايته – بحيث يفضي أثره الى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها »[1] .

أما المستفاد من أقوال الجمهور في تعريف الرضـا أنه القصـد الى تحقيق أثر في المعقود عليـه أي ارادة التعبير وارادة الأثر والرغبـة في الحكم[2] .

٢ – معنى الارادة :

يعرفها الفقهاء بأنها « القصد الى الشيء والاتجاه اليه »[3] .

وقال الراغب الأصفهاني في مفرداته : « الارادة في الأصل قوة مركبة من شهوة وحاجة وأمل وجعل اسما لنزوع النفس الى الشيء مع الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو لا يفعل ثم يسـتعمل مرة في المبـدأ وهو نزوع النفس الى الشيء ، وتارة في المنتهى وهو الحكم فيه بأنه ينبغي أن يفعل أو أن لا يفعل ، فاذا استعمل في الله فانه يراد به المنتهى وهو الحكم أو ما شـابه ذلك » [4] .

والارادة كظاهرة نفسية يذكر علماء النفس أنها تمر بمراحل داخل النفس وهذه المراحل في العمل القانوني هي[5] :

---

(١) كشف الاسرار على اصول البزدوي لعبد العزيز البخاري جـ ٤ ص ٣٨٢ ط ١٣٠٧ هـ

(٢) انظر مواهب الجليل للحطاب جـ ٢ ص ١٩٥ ، نهـاية المحتاج جـ ٦ ص ٣٣٤ ، كشاف القناع للشيخ منصور البهوتي جـ ٢ ص ٥ ، الانصاف في معرفة اسـباب الاختـلاف للمرداوي جـ ٤ ص ٢٦٥ ، المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٢٥٨

(٣) انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٢ ص ٣٢٢ ط المكتبة الاسلامية بديار بكر تركيا ، المقنع جـ ٣ ص١٤٣ ط المطبعة السلفية .

(٤) المفردات في غريب القرآن ص ٢٠٦ وما بعدها .

(٥) انظر : د. انور سلطان – النظرية العامة للالتزام ص ٩٨

(أ) التصور ، اذ يستحضر الشخص العمل القانونى الذى يريد ابرامـه •

(ب) التدبر ، حيث يوازن الشخص بين كافة الاحتمالات والنتائج•

(جـ) التصميم ، اذ يبت الشخص فى الأمر وهذا هو جوهر الارادة المعبر عنـه بالقصد على نحو ما سلف •

(د) التنفيذ ، وهنا ينتقل الشخص الى حالة احداث أثر قانونى معين فى الخارج •

٣ ـ الاختيـــار :

الاختيار فى اللغة : الاصطفاء والايثار والانتقاء والتفضيل[١] •

وذكر الراغب والتهانوى أن الاختيار فى اللغة ترجيح شىء وتقديمه واصطفاؤه وطلب ما هو خير وفعله[٢] •

أما الاختيار عند الأصوليين والفقهاء فهو محل خلاف بين الحنفية والجمهور ، فعرفه الحنفية بأنه القصـد الى الشىء وارادته وهـو اما صحيح يسـتقل الفاعل به دون تأثير من أحـد ، واما فاسـد اذا كان تحت تأثير تهديد واكراه ، والفاسد ينقسم الى قسمين :

(أ) اكراه لا ينعدم به الاختيار لبقاء القصد معه اذا اختار المكره الأهون عليه حتى ولو كان التهديد بتفويت نفس أو عضـو غلب على ظن المستكره وقوعه من المكره وفى هذه الحالة يصبح الاختيار فاسدا •

(ب) اكراه لا ينافى الاختيار مطلقا لبقاء القصـد مطلقا اذا كان

---

(١) لسان العرب جـ ٥ ص ١٢٩٨ ، القاموس المحيط جـ ٢ ص ٢٦ ، المصباح المنير جـ ١ ص ١٩٩

(٢) المفردات فى غريب القرآن ص ١٦٠ ، ١٦١ ، كشاف مصطلحات الفنون جـ ٢ ص ١٩٥ ط الهيئة المصرية العامة للكتاب سنة ١٩٧٢

بشىء يتحمله المستكره مع مشقة مثل ضرب خفيف أو حبس ونحو ذلك ، وفى هذه الحالة لم يفسد الاختيار[١] .

أما جمهور الفقهاء فقد عرفوا الاختيار بأنه القصد الى الفعل بمحض الارادة فهو ينافى الاكراه[٢] وعلى هذا الأساس فان دائرة الاختيار عند الجمهور أوسع منها عند الحنفية اذ يخرجون منه الاختيار الفاسد باكراه ملجىء .

٤ ـ النيـــة :

النية فى اللغة : القصد وعزم القلب على عمل[٣] .

أما فى اصطلاح الأصوليين والفقهاء فقد اختلف فيها على أقوال كثيرة ، فذهب رأى الى أنها القصد[٤] .

وقيل : النية قصد الطاعة والتقرب الى الله فى ايجاد الفعل[٥] .

وقد أورد الامام الغزالى بيانا شافيا فى أمر النية قال فيه[٦] :

---

(١) تيسير التحرير جـ ٢ ص ٢٩٠ لأمير بادشاه ط مصطفى الحلبى بمصر سنة ١٣٥٠ هـ ، حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٤ ص ٥٠٧ ط ٣ مصطفى الحلبى سنة ١٣٨٦ هـ .

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٤٥ مطبعة السعادة ١٣٢٩هـ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٥ ط مكتبة نصر الحديثة بالرياض ، الأنصاف جـ ٤ ص ٢٦٥ تحقيق محمد حامد الفقى ط السنة المحمدية ١٣٧٥ هـ

(٣) لسان العرب جـ ٥١ ص ٤٥٨٨ ، القاموس المحيط جـ ٤ ص٤٠٠

(٤) الغزالى فى الوسيط جـ ٢ ص ٥٩٦ ط دار الاعتصام ، العز بن عبد السلام فى قواعد الأحكام فى مصالح الآنام جـ ١ ص ١٨٥ ط دار الكتب العلمية ببيروت ، النووى فى المجموع جـ ١ ص ٣٠٩ ط شركة العلماء .

(٥) البيضاوى ـ فتح البارى جـ ١ ص ١٣ ط السلفية ـ الأشباه والنظائر للسيوطى جـ ٣٣ ط عيسى البابى الحلبى بالقاهرة ، حاشية ابن عابدين جـ ١ ص ١٣٧٥

(٦) احياء علوم الدين جـ ٢ ص ٢٥٣ ـ ٣٥٥ ط عيسى الحلبى .

« والنية اذا أطلقت فى الغالب أريد بها : انبعاث القصـــد موجهـا الى ذلك الغرض ، فالغرض علة ولكن شرط النية الاحاطـة بصـفات المقصود .. اعلم أن النية والارادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحـد وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران : علم وعمل ، وذلك لأن كل عمل اختيار لا يتم الا بثلاثة أمور : علم وارادة وقدرة ، فلا تتحقق الارادة الا بعـد العلم لأن الانسـان لا يريد ما لا يعلمه فلا بد وأن يعلم ، ولا يعلم ما لم يرد فلا بد من ارادة .... فاذا انبعثت الارادة انتهضت القدرة لتحريك الأعضاء ، فالقدرة خادمة للارادة والارادة تابعة لحكم الاعتقاد والمعرفة ، فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهى الارادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميـل الى ما هو موافق للغرض اما فى الحال واما فى المـآل ، فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث والغرض الباعث هو المقصـد المنوى والانبعاث هو القصد والنية » .

كما ذكر الامام ابن السبكى ترتيبا للكيفيات النفسـية فقال[1] :

« الذى يقع فى النفس من قصد المعصية على خمس مراتب هى :

١ ـ الهاجس ، وهو ما يلقى فى النفس .

٢ ـ والخاطر ، وهو جريانه فيها .

٣ ـ وحديث النفس، وهو ما يقع فيها من التردد هل يفعل أو لا .

٤ ـ والهم ، وهو ما يرجح قصد الفعل .

٥ ـ والعزم ، وهو قوة ذلك القصد والجزم . فان العزم فى اللغة الجد وعقـد القلب .

... والهاجس لا يؤخذ به اجماعا لأنه ليس من فعله وانما هو شىء ورد عليه لا قدرة له عليه ولا صنع ، والخاطر الذى بعده ان كان

---

(١) المسائل الحلبية لابن السبكى مخطوطة بمكتبة البلدية بالاسكندرية رقم ٢١٤٩ ج ١ ورقة ١١ مشار اليها فى مبدأ الرضا فى العقود ، د. على محيى الدين القرة داغى ج ١ ص ٢٠٣ ط دار البشائر الاسلامية ببيروت ـ رسالة دكتوراة .

قادرا على دفعه بصرف الهاجس أول وروده ولكنه هو وحديث النفس مرفوعان بقول النبى صلى الله عليه وسلم : « ان الله تجاوز لأمتى عما حدثت أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم »(١) .

واذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق أولى، فهذه المراتب الثلاث لا يترتب عليها شىء من الثواب ولا من العقاب وذلك لعدم وجود القصد فيها ، وأما الهم فقد بين الحديث الصحيح بأنه : « من هم بحسنة فلم يعملها كتبت له حسنة ، ومن هم بحسنة فعملها كتبت له عشرا الى سبعمائة ضعف ، ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب »(٢) .

أما العزم ، فالمحققون مع أنه مؤاخذ به فهو القصد المؤكد على الفعل » (٣) .

ويبدو لنا مما سبق فى معنى الرضا والارادة والاختيار والنية عند جمهور الفقهاء ، أن هناك علاقة مشتركة بينها هو اتجاه الارادة ونزوعها الى الفعل والأثر المترتب عليه ، ولذلك نجد الشاطبى يقول :

« فالعمل اذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية واذا عرى عن القصد لم يتعلق به شىء منها كفعل النائم والغافل والمجنون »(٤) .

والعز بن عبد السلام يقول : « مدار العقود على العزوم والقصود ».

أما الحنفية فقد فرقوا بين الرضا والاختيار ، فالرضا قصد الأثر المترتب على العقد ، أما الاختيار فقصد العبارة المنشئة للعقد ، ومن

---

(١) رواه مسلم فى صحيحه ــ كتاب الايمان جـ ١ ص ١١٦
(٢) رواه مسلم فى صحيحه ــ كتاب الايمان جـ ١ ص ١١٨
(٣) ابن السبكى ــ المرجع السابق .
(٤) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٤ ط دار المعرفة ــ بيروت .

ثم فان كل عقد يكون الرضا شرط فيه يفسد بانتفائه كالبيع والشراء ، وما لم يكن شرطا فيه لم يفسد بل يصح وينفذ كالطلاق •

ورتب الحنفية على توجههم فى التفرقة بين الرضا والاختيار أساسا لتصنيف العقود[1] والتصرفات فجعلوا الاختيار أساسا لانعقادها ، وأما الرضا فليس بلازم لانعقادها جميعها ولا لصحة بعضها وهى التصرفات غير المالية كالنكاح والطلاق وان كان لازما لصحة بعضها كالبيع والاجارة ونحوهما من العقود المالية •

وعلى هذا الأساس صنف الحنفية العقود والتصرفات تصنيفا خاصا بهم الى :

١ ـ العقود والتصرفات التى لا تقبل الفسخ كالطلاق والنكاح والرجعة والايلاء والفىء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر فهذه التصرفات لا تنفصل آثارها عن أسبابها ، وبعضها من قبيل الاسقاطات التى تتلاشى وتنتهى بمجرد صدورها فلا يتصور فسخها بعد وقوعها كالطلاق والظهار والعتاق والعفو عن القصاص والنكاح والرجعة والفىء ، والبعض الآخر من قبيل الالتزام المؤكد وهو متى صدر لا يمكن نقضه والرجوع فيه كاليمين والنذر والايلاء [2] •

٢ ـ العقود والتصرفات التى تقبل الفسخ كالمبادلات المالية من بيع واجارة وقسمة ومزارع ومساقاة ، فهذه العقود قد تتراخى آثارها عن أسبابها باشتراط أحد العاقدين أو كليهما خيار الشرط ، وكذلك فانها تقبل الفسخ برضا العاقدين وبظهور عيب سابق فى المعقود عليه بعد العقد •

---

(١) انظر : د. على محيى الدين على القره داغى ـ مبدأ الرضا فى العقود جـ ١ ص ٢١٥

(٢) فتح القدير جـ٣ ص٤٠ ط المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة١٣١٦هـ

فالاختيار في هذه العقود شرط لانعقادها ، والرضا شرط لصحتها اذ ينعقد العقد فاسـدا بفوت الرضـا .

وهذا المسـلك من الحنفيـة يدل على تعويلهم على العبـارة دون القصود[1] فالقصد أمر باطن لا يتعلق بوجوده حقيقة[2] ولذلك قالوا بصحة عقود وتصرفات السـكران بمحرم ، ولذلك قالوا : ان السكر لا ينافى التكليف ولا يبطل الأهلية [3] ، وأن سـائر تصرفاته القولية والفعلية مما لا يعتمد القصد تصح منه .

ـ الرضا والتراضى فى القـانون :

يفرق القانونيون بين الرضا والتراضى ، فالأول هو الارادة المتجهة نحو احداث أثر قانونى ، وهى قوام العقـد ، أما التراضى فهو التوافق بين ارادتين على انشاء أثر قانونى[4] .

والارادة المنفردة تصح مصدرا للالتزام فى الحالات التى ينص عليها القانون وباعتبار أن الارادة عمل نفسى فلا يعتد بها القانون الا بعـد الافصاح عنها من خلال وسـائل التعبير ، ومن ثم كان الرضا تعبيرا عن ارادة الشخص نحو احداث أثر قانونى معين على أسـاس من القصـد والادراك حيث لا يعتد بكلام المجنون والسكران الذى لا يعى ، أى لا بد

---

(١) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٨١ لعبد العزيز البخارى ـ التوضيح على التلويح جـ ٢ ص ١٨٦ ط محمد على صبيح بالقاهرة .

(٢) انظر فى نقد هذا المسلك الحنفى : د. على محيى الدين على ـ مرجع سابق ص ٢٢٠.

(٣) تنقيح الأصول لصدر الشريعة ص ١٤٥ ط وادى الملوك ، كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٥٤

(٤) انظر الوجيز للسنهورى ص ٤٥ ، د. محمود جمال الدين زكى الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ص ٤٣٥ ط مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨ ، د. حسين النورى ـ نظرية العقد واحكام الالتزام ص ٦٧ وما بعدها ـ ط دار الجيل ، د. عبد المنعم فرج الصده ـ نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ص ٥٢ وما بعدها جـ ١ ط ١٩٥٨

من انصراف النية نحو ادراك نتائج التصرف وآثاره التى رتبها القانون دون اشـتراط اتجاه القصـد القانونى نحو جميع الآثار الأصلية والتبعية التى يرتبها القانون على العقد كالتعويض فى حالة عدم تنفيذ التعهـد او كالتنفيذ الجبرى •

ولا شك أن مسـألة النية والقصـد تكتنفها صعوبات عمليـة فى اثباتها • وعلى هـذا النحو يبدو لنـا توافق المسلك القانونى مع اتجاه جمهور الفقهاء فى الفقه الاسـلامى فيما يتعلق بعـدم التفريق بين الرضا والاختيار وأن هنـاك عموم يجمعهما مع الارادة والنية مع اختـلاف جوهرى يتمثل فى نطاق عمل المسلكين اذ الأول يعمل فى نطاق مبـدأ سلطان الارادة وقاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » وأن ترتب آثار العقد والتصرف من صنع القانون ذاته ، على حين أن مسلك الفقهاء يعمل فى نطاق أن حكم العقد من ترتيب الشرع وفى نطاق الحلال والحرام ومن ثم فان ارادة المتعاقدين ليست طليقة من القيود وليس لارادتهما أو لأحدهما سـلطانا فى كل شىء •

* * *

ثانيا ــ حسن النيـة :

استلزمت الشريعة الاسـلامية حسن النيـة فى انشـاء العقـود وتنفيذها ، بل ان حسن النية أسـاس من الأسس التى يعتمد عليها فى تفسير العقود أيضـا ، وعلى ذلك نبذت الشريعة كل غش أو تدليس ، أو تغرير ، وكل ما يعيب العقد من ناحية حسن النية ويصـيب الرضـا كذلك[1] وفى ذلك يقول الرسول الكريم : « انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » •

* * *

---

(1) وفى ذلك يقول الشـاطبى فى الموافقات : « ان الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة فى التصرفات » جـ ٢ ص ٣٢٣

ويقول ابن القيم فى اعلام الموقعين : « ان القصد روح العقد مصححه ومبطله » جـ ٣ ص ٨٢ ويقول : « فالنية روح العمل ولبه وقوامـه » جـ ٣ ص ٩٦ ــ ٩٨

ثالثا ــ حرية التعــاقد :

هل الأصـــل فى العقود المنع والحظر أم الاباحة فى الفقه الاسلامى ؟ هذه المســألة انقسم فيها الرأى فى الفقه الاسلامى الى مذهبين :

المذهب الأول :

وهو مذهب القلة من الفقهاء اذ لا يطلقون حرية التعاقد ، فآثار العقود وأحكامها جميعها من عمل المشرع ، ومن ثم فالأصل فيها المنع حتى يقوم الدليل على الاباحة ووجوب الوفاء ، وعلى ذلك لا تكون هنــاك عقــود ســوى التى وردت بها الآثار ــ ودلت عليها المصادر الشرعية والأدلة الفقهية وما لم يدل عليه دليل فهو ممنوع والوفاء به غير لازم .

واستدل هذا الفريق من الفقهاء بما يلى :

١ ــ أن الشريعة الاســلامية لم تترك أمر الناس فرطا بلا قيــود تمنع المجادلة المفضية الى النزاع ، وكل عقــد لم يعتمد على دليـــل معتبر تعــد لحدود الشريعة ، ومن ثم ما لا تقره لا توجب الوفاء به ، استدلوا لذلك بقول الله تعالى : ﴿ **ولله ملك الســموات والأرض** ﴾[1] .. فكل شىء ملك لله سبحانه فلا يحل لأحد التصرف فيه الا باذنه[2] .

٢ ــ استدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . ومن ثم لا يصح من العقــود الا ما جاء به النص[3] .

واستدلوا أيضا بما ورد : أن الرسول صلى الله عليه وسلم وقف خطيبا وقال : « أما بعد .. فما بال أقوام يشترطون شروطا ليس فى كتاب

---

(١) آل عمران : ١٨٩
(٢) انظر ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢٥١
(٣) يراجع الاحكام فى أصول الأحكام جـ ٥ ص ٣٢

الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط — كتـــاب الله أحق وشرط الله أوثق » •

واذا كان الشرط الذى لم يرد به النص باطلا فمن باب أولى يكون العقد الذى لا يعلم له مصـــدر من مصادر الشريعة • ومن هذا الفريق من الفقهاء الظاهرية وأبو حنيفة وتدل عليـــه أصول الامام الشافعى •

المذهب الثانى — جمهور الفقهاء :

يرى أن الأصل فى العقود الجواز والاباحة ، فحرية التعاقد مكفولة للناس ما لم تشتمل على أمر نهى عنه الشارع ، وحرمه بنص أو قياس ، أو بمقتضى القواعد المقررة ، وذلك حتى يقوم الدليـــل على المنـــع والتحريم •

وتجرى على هذا أصـــول أحمد رضى الله عنه ، ومالك ، وبعض الحنابلة وعلى رأسهم ابن القيم وأستاذه ابن تيمية[1] •

وقد استدل هؤلاء لمذهبهم بما يأتى :

١ — ان كل عقـــد واجب الوفاء الا ما قام الدليـــل على منعه ، والوفاء بالعقود واجب لأن الله تعالى يقول فى كتابه :

﴿ الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾(٢) •

﴿ والموفون بعهدهم اذا عاهدوا ﴾(٣) •

﴿ بلى من أوفى بعهدة واتقى فان الله يحب المتقين ﴾(٤) •

﴿ وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾(٥) •

﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾(٦) •

وعلى ذلك فقد أوجب الوفاء بالعقود من غير تعين •

---

(١) الفتاوى الكبرى جـ ٣ ص ٣٢٦ وما بعدها ، قاعدة العقود ص ١٤ ، ١٥ ، اعلام الموقعين جـ ٢ ص ٣٤ ، القواعد النورانية ص ١٨٤

(٢) النساء : ٢٩ — (٣) البقرة : ١٧٧

(٤) آل عمران : ٧٦ — (٥) النحـــل : ٩١

(٦) المـــائدة : ١

ويقول سبحانه وتعالى : ﴿ **يا ايهـا الذين آمنـوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجـارة عن تراض منكم** ﴾(١) فكل مـا يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء به ما دام قـد تحقق الرضا .

٢ – ان العقود من باب الأفعـال العادية والأصـل فيها عـدم التحريم لقـوله تعـالى : ﴿ **وقد فصل لكم ما حرم عليكم** ﴾(٢) عام فى الأعيان والأفعال ، وليس فى الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود وانما شرعها كلهـا بمثل قوله تعالى : ﴿ **واحل الله البيع** ﴾(٣) وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين** ﴾(٤) .

٣ – ان تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان : عبادات – وعادات يحتاجون اليها فى دنياهم ، واعتادوا عليها ، والأصل فى العادات عدم الحظر الا ما حظره الله ورسوله(٥) . وبعبارة أخرى : فالأصـل فى العادات العفو فلا يحظر منها الا ما حرمه الله والا وصلنا الى معنى قـوله تعـالى : ﴿ **قـل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحـلالا** ﴾(٦) .

وفى صحيح مسلم ، عن عياض بن حمار عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : قال الله تعالى : « انى خلقت عبادى حنفاء فاجتالتهم الشياطين وحرمت عليهم ما أحللت لهم ، وأمرتهم أن يشركوا بى ما لم تنزل بـه سـلطانا » .

واذا كان ذلك كذلك ، فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاؤوا ما لم

---

(١) النسـاء : ٢٩ (٢) الأنعـام : ١١٩
(٣) البقـرة : ٢٧٥ (٤) النسـاء : ٢٤
(٥) راجع الشاطبى جـ ٢ ص ٢١ من الموافقات ، الفروق للقرافى جـ ٣ ص ١٤٥ (٦) يونس : ٥٩

تحرمه الشريعة وما لم تحد الشريعة فى ذلك حدا .. فيبتغون فيه الاطلاق وهو الأصل ، ولكن المتأمل فى أقوال وحجج الفريق الأول من الفقهاء ، يجد أنهم قد وسعوا فى الأدلة المثبتة لجواز العقود وصحتها ، اذ يقدرون الأخذ بالمصالح المرسلة والاستحسان[1] والعرف ما لم يكن معارضا لنص .

وهذه الأدلة من السعة بحيث تشمل ما تجرى به المعاملات فمن القواعد الفقهية : الثابت بالعرف كالثابت بالنص[2] .

وهذه القاعدة كافية لفتح باب التعاقد ، واطلاق الحرية للمتعاقدين على عكس ما يقولون به من أن الأصل هو الحظر والمنع[3] .

ولا شك عندنا أن فى ترجيح ما يقول به أصحاب المذهب الثانى ما يرفع الحرج والضيق فى معاملات الناس فى وقت اتسعت فيه دائرة المعاملات المالية وتشعبت وظهرت صور شتى لأنواع المعاملات وبخاصة فى مجال العقود .

* * *

رابعا ــ اعتبار العرف والعادات كأساس لتحديد الالتزامات :

فالعرف كمصدر من مصادر التشريع الاسلامى يجد سنده ودليله فى قوله تعالى : ﴿ **خذ العفو وأمر بالعرف واعرض عن الجاهلين** ﴾[4] ويتخذ العرف أساسا لتحديد الالتزامات والحقوق العقدية فى كل ما لم يرد به نص فى العقد .

ومن القواعد الفقهية فى العرف وسلطانه :

---

(١) يراجع البزدوى على كشف الاسرار جـ ٤ ص ١١٢٣

(٢) يراجع ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١٣٤ ، الأشباه والنظائر للسيوطى جـ ١ ص ١٢٦ وما بعدها ، الأم للشافعى جـ ٣ ص ٢ ط دار الشعب ــ القاهرة .

(٣) يراجع محمد أبو زهرة ــ الملكية ونظرية العقد ــ ص ٢٧٢ ، د. محمد سلام مدكور ، المدخل للفقه الاسلامى ص ٥٩٩

(٤) الأعراف : ١٩٩

(أ) « العادة محكمة » المجلة / ٤٠
(ب) « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » المجلة / ٤٣
(جـ) « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » المجلة / ٤٥

وقد فرع الفقهاء كثيرا من الفروع والأحكام فى مختلف أنواع المعاملات على أساس من هذه القواعد :

(أ) فتسمية ثمن المبيع وأجرة المأجور اذا لم يصرح به العاقدان وكان فيه عرف جار فى بلد العقد يلتزم به الطرفان بحكم العرف .

(ب) تجاوز المستأجر الحدود الجائزة له فى استيفاء منفعة المأجور حتى يعتبر متعديا ضامنا قيمته اذا تلف ، يرجع فيه الى العرف .

(جـ) ما يعد عيبا فى البيع مسوغا لفسخ البيع أو لا يعد عيبا ميزانه العرف .

ومما هو جدير بالذكر أن ما بنى على العرف من الأحكام انما يتبدل بتغير العرف ومن هنا كانت قاعدة : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » المجلة / ٣٩ .

* * *

خامسا ـ الوفاء :

العقد المشروع المستكمل لشروطه ملزم لعاقديه واجب التنفيذ ويتعين الوفاء به . فالعقود الصحيحة انما أبرمت لتنفذ ويظهر أثرها فى الواقع فى معاملات الناس . وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود فى قوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود** ﴾(١) .

وفى معنى هذه الآية يقول ابن جرير الطبرى :

« يا أيها الذين آمنوا أقروا بوحدانية الله وأذعنوا له بالعبودية وسلموا له الألوهية وصدقوا رسوله محمدا صلى الله عليه وسلم فى

(١) المائدة : ١

نبوته وفيما جاء به من عنـــد ربه من شرائع دينه . ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ يعنى : « أوفوا بالعهود التى عاهدتموها ربكم والعقود التى عاقدتموها اياه وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقا ، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضا ، فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها ، ولمن عاقدتموه منكم ، أوجبتموه له بها على أنفسكم ، ولا تنكثوها فتنقضـــوها بعد توكيدها » ... ويذكر أن قوله : ﴿ أوفوا بالعقود ﴾ أمر منه لعباده للعمل بما ألزمهم من فرائض وعقود ونهى منه لهم عن نقض ما عقده عليهم » .

ويذكر الطبرى : « أن الأمر بالوفاء بالعقود فى الآية يعنى كل عقــد ، وعليـــه فلا مســـوغ لأن تختص بوفاء بعض العقــود دون بعض »[1] .

ويرى صاحب البحر المحيط فى الخلاف حول :

هل المقصود بالنداء فى الآية المؤمنون أم أهل الكتاب ، أم هـــو هنـــا عام ؟

ثم يقول : « والظاهر عموم المؤمنين ... وعموم العقود فى كل ربط يوافق الشرع ، ســـواء أكان اسلاميا أم جاهليا »[2] .

وجاء فى أحكام القرآن : « العقد ما يعقده العاقد على أمره بفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه ، لأن العقد اذا كان فى أصل اللغة الشــد ، ثم نقل الى الايمان ، والعقود عقود المبايعـــات ونحوها فان ما أريد به الزام الوفاء بما ذكره وايجابه عليـــه ، وهـــذا اما يتناول منـــه ما كان منتظرا مراعى فى المستقبل ، من الأوقات فيسمى البيع ، والنكاح والاجارة وسائر عقود المعاوضات عقودا لأن كل واحد منهـــا قـــد ألزم نفســـه التمام عليه والوفاء به ، والشركة والمضـــاربة

---

(١) جامع البيان ـــ ج ٦ ص ٢٧ وما بعدها .

(٢) البحر المحيط لأبى حيان ج ٣ ص ٤١٣ ، راجع أيضا روح المعانى للآلوسى ج ٦ ص ٤٨

ونحوها تسمى أيضـــا عقودا بما وصفنا من اقتضائه الوفاء بما شرطه كل واحد من الربح والعمل لصاحبه وألزمه نفســـه ، وكذلك العهـــد والايمان لأن معطيها قد ألزم نفســـه الوفاء بها ، وكذلك كل شرط شرطه انسان على نفسه فى شىء يفعله فى المستقبل فهو عقد »[1] .

* * *

سادسا ــ الأصل العقدى والصبغة الدينية :

يتميز الفقه الاسلامى فى قسم المعاملات عن الأنظمـــة الوضعيـــة بوجود الحلال والحرام فيـــه ، فأحكام المعاملات فى الفقه الاســـلامى ذات أصـــل عقدى واعتبار دينى[2] ، وفى ذلك يقول الشيخ محمـــد أبو زهرة رحمه الله : « ومن يحاول أن يفهم الشريعة الاسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجـــات لاصـــلاح طوائف من المجتمع ، وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالاســـلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح ، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع الى أصولها ، والنتائج الى مقدماتها ، وان جعل القوانين مســـتمدة من الدين من شـــأنه أن يقلل الفرار من أحكامها ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله وأن ربط القانون الاسلامى بالدين يجعله مرتبط كل الارتباط بقانون الأخلاق ... فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صنوين متحدين متلاقيين ، وأن استمداد الفقه الاسلامى ينابيعه من الدين جعله شاملا فى ســـلطانه للراعى والرعية ، وكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أنتم مقيدون بأحـــكام الشـــريعة ، وأنتم مســـئولون عن تنفيذها » [3] .

---

(١) أبو بكر الجصاص ــ احكام القرآن جـ ٢ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، طبعة ١٣٣٥ هـ .

(٢) الموافقـــات جـ ٢ ص ٣٣١ ــ منية الطالب فى حاشـــية المكاسب للشيخ موسى الخونسارى جـ ١ ص ١٠ طبعة ايران ، اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٤ ، البدائع جـ ٤ ص ١٩٠ ، المدونة جـ ١١ ص ٦٦

(٣) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية ــ طبعة ١٣٩٦ هـ (١٩٧٦) ص ٥

وارتباط الأخـلاق بنظام المعاملات فى نظرنا انما هو من المسائل الجوهرية التى يتميز بها التشريع الاسـلامى اذ يتجلى فيه ذلك على نحو ملزم على عكس ما هو موجود فى الأنظمة الوضعية من أنه اذا قيل ان قاعدة ما قاعدة أخلاقية دل ذلك على أنها غير ملزمة وارتباط الأخلاق بنظام المعاملات على نحو ملزم فى الفقه الاسلامى انما يرجع الى أمر أسـاسى ، هو أن الاسـلام عقيدة وشريعة ودين ودنيا لا ينفصمان ولا ينفكان عن بعضهما ويعملان فى نسق رائع وتوازن دقيق ٠

ويدل على ذلك قوله تعالى : **﴿ قل ان صلاتى ونسكى ومحيـاى ومماتى لله رب العـالمين ﴾**(1) ٠

وقوله تعـالى : **﴿ ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر ﴾** (2)

وما من شك فى أن الغش والتدليس والتغرير ، وتطفيف الكيل والميزان وعدم الوفاء بالعقود كلها من عيوب المعاملات ومنكراتها وقد نسبت الآية النهى عنها الى الصلاة وهى من العبادات ، دلالة على الربط الوثيق بين العبادات والمعاملات ، هذا وان كانت تلك الصبغة الدينية التى تميز الفقه الاسلامى فى المعاملات وتثبت طابعها المستقل — يساء فهمها أحيانا ويستغل معناها للاساءة الى الفقه الاسلامى ورميه بالجمود والتخلف فى الوقت الذى أقام فيه الفقه الاسلامى للاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وزنا لا يستهان به فى معاملات الناس ٠

ومما يجدر ذكره فى هذا الخصوص أن مسلك الفقهاء فى عدم التفريق بين الرضا والاختيار والاعتداد بالقصد المتمثل فى نزوع الارادة الى الفعل والى آثاره يدل على نظرة الجمهور الى المعاملات وأنهـا ليست نظرة مادية بل هى نظرة قائمـة على صـبغ المعاملات بصبغة

---

(1) الأنعـام : ١٦٢ (2) العنكبوت : ٤٥

دينية[1] وربطها بالباطن بحيث تؤثر المعاصى فى ترتيب الحكم الشرعى كما فى السكر بمحرم أو بتعد وبغير محرم[2] ، وكما فى العاصى بسفره فلا يستحق أن يتمتع برخص السفر من القصر والجمع والفطر[3] كما أنه لا خلاف بين الفقهاء فى أن الحل والحرمة يتعلقان بالقصد الباطن ، يقول البزدوى[4] : « الاثم يعتمد عزائم القلوب اذا اتصلت بالفعل » .

* * *

---

(1) من هذا الراى د. على محيى الدين — مبدا الرضا فى العقود ص ٢٣٧

(2) جمهور الاصوليون ينصــون على امتناع تكليف السكران الذى لا يعى وهناك جماعة من الفقهاء يصرحون بأن السكران بمحرم مكلف يقع طلاقه ويصح ايلاؤه ولزمه الحدود كلها والفرائض وعلى رأسهم الشافعى فى الأم جـ ٥ ، ص ٢٣٥ ط دار الشعب بالقاهرة ، اذ لا تستفاد الرخص من المعاصى أما اذا كان السكر بغير محرم كأن شرب الخمر مكرها أو جاهلا أو مضطرا فلا خلاف على عدم نفاذ تصرفاته القولية .

(3) انظر الشرح الصغير مع حاشية الصاوى جـ ١ ص ٣٥٩ — الأم جـ ١ ص ٣٥٩ وذلك خلافا للحنفية الذى ذهبوا الى تمتع العاصى بسفره بكل أحكام السفر ، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٤

(4) أصوله بهامش كشف الأسرار جـ ٤ ص ٣٩٥

المطلب الثانى

تعريف العقد فى الفقه الاسلامى والقانون الوضـــعى

الفرع الأول : معنى العقد فى الفقه الاسلامى

● مقـــــدمة :

لمعرفة حكم الشرع فيها ، وكانت طريقة الفقهاء فى بيان الأحكام تفى بالغرض وتسد حاجة الناس وان كان الفقهاء المسلمون بذلك قد وضعوا الأسس والمبـادىء التى منها وعلى هداها يستطيع المتأخرون من الفقهاء أن يستنبطوا ويضعوا من النظريات العامة فى العقود والملكية وغيرهما ما يشفى الغلة فى وقت تعددت وتنوعت وتشعبت فيه المعاملات فى العصر الحـاضر •

ويتعين علينا أن نأخذ أنفسنا بما أخذ به السابقون أنفسهم فمن الله عليهم بفتح من عنده : ﴿ وعنده مفاتح الغيب لا يعلمها الا هو ﴾(1) فهو القائل فى كتابه العزيز : ﴿ واتقوا الله ، ويعلمكم الله ﴾(2) •

فلنتق الله فى أنفسنا وفى علمنا وفى مناهجنا التعليمية حتى نصل ماضينا بحاضرنا ونطالع العالم بفقهنا تضىء به جوانب الفكر الانسانى ، ونحل به مشكلات الحضارة الانسانية فى معاملات الناس[3] وما ذلك على الله بعزيز •

أولا ــ معنى العقد فى اللغة :

يطلق العقد فى اللغة على معان كثيرة منها : الربط ، والشـد ، والاحكام ، والتوثيق ، والجمع بين أطراف الشىء وربطها •

---

(1) الأنعام : 59 (2) البقـرة : 282

(3) تراجع رسالتنا ، نظرية تحمل التبعة ، ص 5

وفى الشهاب على البيضاوى[1] : « وأصـل معنى العقد الربط محكما ثم تجوز به عن العهود وعقود المعاملات » .

ومن معنى الربط الحسى بين طرف الحبل أخـذت الكلمة للربط المعنوى بين كلامين .

ومن معنى الاحكام والتقوية الحسية أخذ اللفظ وأريد به العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق[2] .

والظاهر أن استعمال العقد فى الربط المعنوى ليس من باب المجاز، لأن العقد اسم لمطلق الربط ، فيكون الربط المعنوى من ما صدقاته كالربط الحسى . ويدل على ذلك اطلاق علماء اللغة «العقد» على الربط، والربط أعم من أن يكون حسيا أو معنويا ، ولهذا يقول الشوكانى :

العقود : العهود ، وأصل العقود الربوط ، وأحدها عقدا .

يقـال : عقدت الحبل والعهد ، فهو يستعمل فى الأجسام والمعانى واذا استعمل فى المعانى أفاد أنه شديد الاحكام قوى التوثيق[3] .

ثانيا ـ معنى العقد فى اصطلاح الفقهاء :

أن معنى العقد فى اصطلاح الفقهاء لا يبعد عن معناه اللغـوى وان كان أكثر تحديدا له .

ويطلق العقد عند الفقهاء على معنيين هما :

(أ) المعنى الخاص أو المعنى الشائع المشهور :

وهو « ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره فى المعقود عليه (المحل) . بما يدل على

---

(1) جـ٣ ص ٢٠١ (مشار اليه فى رسالة نظرية العقد للدكتور محمد شـوكت ص ١) .

(2) يراجع فى هذا المعنى : محمـد ابو زهرة ـ المرجع السـابق ص ١٩٩

(3) فتح القدير فى التفسير للشوكانى جـ ٢ ص ٣

ذلك من عبارة أو كتابة أو اشـارة أو فعل • ويترتب عليه التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر سواء أكان عملا أو تركا »[1] •

وتأسيسا على ذلك فما يتم بكلام من طرف واحد لا يكون عقدا من العقود كالطـلاق والعتـق المجردان عن المـال ، والوقف ، والابراء والنذر واليمين والتنازل عن الحقوق كحق الشفعة ونحو ذلك •

والايجاب : هو ما يصدر أولا عن أحد العاقدين معبرا عن ارادته فى انشـاء العقد •

أما القبول : فهو ما يصدر ثانيا بعد الايجاب معبرا عن موافقته عليـه [2] •

فمثـلا :

لو قال شخص لآخر : بعتك دارى بمبلغ كذا ، وقال الآخر : وأنا قبلت شراءها منك بهذا المبلغ ، يقال حينئذ : انه قد حصل بينهما عقد بيع باللفظ ، وسمى ما صدر من البائع أولا ايجابا ، وما صدر من المشترى ثانيا قبولا ، وسميت الدار مبيعا أو معقودا عليه أو محل البيع، والمبلغ ثمنا ، وسمى كل من البائع والمشترى عاقدا وسموهما معـا عاقدين أو متبايعين ، وسمى الأثر المترتب على عقد البيع (وهو تملك المشترى للدار وتملك البائع للثمن) حكم البيع ، وسمى مجموع اللفظين اللذين هما الايجاب والقبول صيغة العقد •

ومتى تم العقد صحيحا مستوفيا شرائطه الشرعية ترتب عليه أثره

---

(١) يراجع المـادة (٢٦٢) من مرشد الحيران والمـادتين ١٠٣ ، ١٠٤ من مجلة الأحكـام العدلية ـ يراجع الفقه الاسـلامى فى ثوبه الجـديد د. مصطفى الزرقا جـ ١ ص ٢٩١ وما بعدها ـ فتح القـدير للكمـال جـ ٢ ص ٣٤١ ـ التوضيح على التنقيح جـ ١ ص ٢١٥ ـ وبرهان الشريعة الوقاية ، مخطوطة طوب قاب باستانبول برقم ٣٧٣٣ ورقة ٧٠ مشار اليها فى مبدأ الرضا فى العقود ص ١١٨ هامش •

(٢) وهو مذهب الحنفية ـ فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ وسيأتى تفصيل ذلك ومذهب جمهور الفقهاء •

وهو انتقال ملكية الدار للمشترى ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، ومن هنا كان معنى ظهور أثر توافق الارادتين وارتباط القبول بالايجاب فى المحل – المعقود عليه – أى أن المعقود عليه يخرج عن حالته الأولى الى حالة جديدة ، فان كان بيعا خرج المبيع من ملك بائعه الى ملك المشترى ، وخرج الثمن من ملك المشترى الى ملك البائع[1] .

ومعنى ذلك – وهو مما يجب التنبيه اليه – أن الفقه الاسلامى يأخذ بالنزعة الموضوعية ، اذ يهتم الفقهاء بالنتيجة التى يسفر عنها العقد فى المحل دون اعتداد بالنتائج الأولية من ناحية أنه ينشىء التزاما شخصيا[2] . وفى ذلك يقول الله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** ﴾**(٣)** .

فهو التزام بالوفاء يظهر أثره فى المعقود عليه[4] .

---

(١) يراجع أحمد أبو الفتح – المعاملات – ص ١٣٩

(٢) يراجع د . محمد سلام مدكور – المدخل للفقه الاسلامى ص ٥٩٩ ، وما بعدها ، د. عبد الرزاق حسن فرج – نظرية العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ص ١٢ ، د. السنهورى – مصادر الحق ج ١

(٣) المائدة : ١

(٤) وقد جاء فى الهداية وفتح القدير : « البيع ينعقد بالايجاب والقبول » وفى العناية على الهداية « الانعقاد هنا تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره فى المحل ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لأنه يثبت للآخر خيار القبول فاذا قبل يسمى كلامه قبولا » ج ٥ ص ٧٤ . وفى مختصر خليل ص ١٨٧ ، ١٨٨ : « ينعقد البيع بما يدل على الرضا سواء أكان ما يدل على الرضا قولا أو فعلا وسواء أكان القول أوالفعل من الجانبين أو قولا من أحدهما وفعلا من الآخر ، وان كان ما دل على الرضا معاطاة بأن يدفع البائع الثمن للمشترى ويأخذ منه الثمن بدون ذكر لفظ البيع والشراء سواء أكان المبيع من المحقرات التافهة أو مما له قيمة ، وسواء تقدم الايجاب على القبول أو تأخر (طبعة دار احياء الكتب العربية – عيسى الحلبى) .

وفى جواهر العقود للمنهاجى : « والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » ج ١ ص ٥٥ طبعة ١ مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة .

وفى الكافى فى فقه الامام أحمد لابن قدامه : « البيع حلال وهو نوعان أحدهما : الايجاب والقبول .. فان تقدم القبول الايجاب بلفظ الماضى
=

(ب) المعنى العـــام :

ومن الفقهاء من عرف العقد بتعريف أعم من السابق ، وأطلقـه على معنى أوسع من التعريف السابق فقالوا :

العقد : كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء أكان صادرا من طرف واحد كالنذر والطلاق والصدقة ، أم صادرا من طرفين متقابلين كالبيع والاجـارة[1] .

والى ذلك ذهب الجصاص من فقهاء الحنفية ، فقد أطلق العقد على التزام شيء فى المستقبل أعم من أن يكون من جهة واحدة أم من جهتين[2] .

وتعريف العقد بهذا المعنى ـ كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى ـ أظهر فى كتب المالكية والشافعية والحنابلة منه فى كتب الحنفية[3] .

ويذهب البعض[4] الى أنه ينبغى أن يحمل قول من عرف العقد

والطلب صح . والثانى المعاطاة ويشترط له (البيع) الرضا الا فيما يجب ـ وان اكره على بيع واجب صح » جـ ٢ ص ٣ الطبعة ٢ ـ المكتب الاسـلامى للطباعة والنشر ـ بيروت .

وفى حاشية الروض المربع للعنقرى : « البيع شرعا مبادلة مال ولو فى الذمة بقول أو معاطاة .. أو منفعة مباحة مطلقا بمثل أحدهما » جـ ٢ ص ٢٢ ، ٢٣ ـ مكتبة الرياض الحديثة بالرياض .

وفى الافصاح لابن هبيرة : «والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول» جـ ١ ص ٣١٧ المؤسسة السعيدية بالرياض . وفى نظرية العقد لابن تيمية ص ٥٥ : « والبيع فى الشرع عبارة عن ايجاب وقبول » .

(١) يراجع جامع الفصولين جـ ٢ ص ٢ ـ التحرير وشرحه للشيخ زكريا الانصارى جـ ٢ ص ٣

(٢) احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٣٦٠ وما بعدها ـ راجع ايضا آيات الأحكام جـ ٢ ص ٢٩٤ ـ تفسير الفخر الرازى جـ ١١ ص ١٢٣ أول سـورة المـائدة .

(٣) الفروق للقرافى جـ ٤ ص ١٣ ـ يراجع نظرية العقد ـ د. محمد شـعبان حسـين ص ٦ وما بعدها ـ فتح القدير جـ ٥ ص ٤ و جـ ٧ ص ١١٤ ـ ١١٥

(٤) د . محمد شعبان حسين ـ المرجع السابق ص ٥

بأنه كل تصرف شرعى ينشأ عنه حكم شرعى — على أن المراد بالتصرف القولى ، أما التصرف الفعلى الذى ينشأ عنه حكم شرعى كالقتل الذى يترتب عليه القصاص أو الدية ، والسرقة التى يترتب عليها الحـد ، والاتلاف الذى يترتب عليه الضمان فان كل واحد منها وان كان تصرفا ينشـأ عنه حكم شرعى الا أنه لا يسمى عقدا ، لأن المراد بالعقد عادة وعرفا التصرفات القولية ، وعلى هذا يكون المراد بالعقد بمعناه العام كل تصرف قولى ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء أكان هـذا التصرف صادرا من شخصين أو أكثر ، أو كان صادرا من شخص واحد ، والعقد بهذا المعنى العام يرادف اصطلاح الالتزام ، ولا يزال أخص من اصطلاح التصرف لأن الأخـير ينظم الالتزام وغيره كالاسـتهلاك والانتفـاع وغيرهـا[1] .

ويرى البعض[2] : أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالارادة المنفردة وحدها عقدا على أن العقد المكون من ارادتين متوافقتين متقابلتين هو فى الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل ، وعلى ذلك يكون العقد عنده هو « ايجاب الانسان أمرا على نفسه اما باختياره وارداته واما بالزام الشرع له » .

وتعريف العقد بالمعنى الخاص هو الشائع المشهور عند الفقهاء حتى كاد ينفرد هو بالاصطلاح . وهو المتبادر عند الاطلاق ، ولا ينصرف الى المعنى العام الا بتنبيه يدل عليه ، ويتضح ذلك من تتبع كتب الفقهاء عند الكلام على العقود[3] .

---

(١) انظر أحكام المعاملات الشرعية — الخفيف طبعة ٤ — ١٣٧١ هـ .

(٢) مذكرة الالتزامات فى الشرع الاسلامى لقسم الدكتوراة سـنة ١٩٤٥ ص ٤٢ وما بعدها للشيخ أحمد ابراهيم — انظر أيضا تفسير الفخر الرازى جـ ١١ ص ١٢٣ أول سورة المـائدة .

(٣) انظر تعريف الدسوقى للعقد فى الشرح الكبير جـ ٣ ص ٥ — فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٣٣٦ وما بعـدها — محمد ابو زهرة المرجع السـابق ص ٢٠١ — د. محمد شعبان حسين ، المرجع السابق ص ٤

وكما يكون العقـد لافـادة ملك العـين بعوض كمـا فى البيع يصح أن يكون عقدا لافادة ملك العين بغير عوض كما فى الهبة ، ويصح أن يرد العقد على العين لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع قرضا ورد بدلهـا • ويصح أن يرد العقـد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض كالاجارة ، أو بغير عوض كالاعارة ورد عينها لصاحبها ، ويصح أن يرد العقد على عمل من الأعمال الصناعية كصاحب القماش يذهب الى الخياط ليصنع له ثوبا ، أو على خدمة معينة ونحو ذلك •

* * *

الفرع الثانى : معنى العقد فى القانون الوضعى

عرفت المـادة (١١٠١) من القانون المدنى الفرنسى العقد بأنه :

« اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شىء » •

وعرفته المـادة (١٦٥) من قانون الموجبات والعقود اللبنانى :

« الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية واذا كان يرمى الى انشاء علاقات الزامية سمى عقدا » •

وعرفته المـادة ٧٣ من القانون المدنى العراقى بأنه :

« ••• ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » •

والمـادة (٨٩) من القانون المدنى المصرى تنص على أن :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القـانون فوق ذلك من أوضـاع معينة لانعقـاد العقـد »[1] •

---

(١) هذه المـادة تقابل المـادة ٨٩ من القانون المدنى الليبى و ٨٥ ، ٩٠ عراقى و ٧٣ سودانى •

وعرفته المـادة (١٢٥) من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى[١] :

« العقـد هو اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطـة قانونية أو تعديلها أو انهائها » .

ويكاد علماء القانون يتفقون على أن العقد هو[٢] :

« توافق ارادتين أو أكثر على احداث أثر قانونى سواء أكان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاؤه » .

وهذا التعريف الفقهى للعقد فيه بعض المغايرة لمـا نصت عليـه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى وما تضمنته المـادة ٨٩ من القانون المدنى نفسه ففيهما ايثار المشرع لمذهب الارادة الظاهرة بصورة واضحة فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق ارادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين[٣] .

وهذا الرأى فى تكييف وجهة المشرع بأخذه بالأرادة الظاهرة وما تعنيه من المذهب المـادى على حساب الارادة الباطنة وما تعنيه من المذهب الشخصى غير مسلم فى فقه القانون فهناك جدل كبير حول مبدأ سلطان الارادة[٤] باعتبار أن الارادة أساس العقد وقوامه ، فقد بالغ أنصار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠ ، ١١ هامش .

(٢) د . السـنهورى ـ الوسـيط ـ نظرية الالتزام ص ١٥٠ ـ د . عبد المنعم فرج الصده ـ مصادر الالتزام ص ٥٧ ، ٥٨ ط دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٩ ـ دُ . احمد حسـن البرعى ـ نظرية الالتزام فى القانون المغربى ص ٢٥ ط دار الثقافة ، الدار البيضـاء ـ د. محمـد لبيب شنب موجز مصادر الالتزام ص ١٧١ ط دار النهضة العربية بيروت ١٩٧٠ اذ يختصر التعريف الى أن العقد هو توافق ارادتين على انشـاء التزام أو أكثر . أستاذنا الدكتور عبد الودود يحيى ـ مصـادر الالتزام ص ١٧ ـ دار النهضة .

(٣) د. أنور العمروسى ـ التعليق على نصـوص القـانون المدنى المعدل جـ ١ ص ١٨٥ ط دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية سنة ١٩٨٣

(٤) أنظر الدكتور السـنهورى ـ الوسيط ـ مصـادر الالتزام ـ ص ١٥٢ ، ١٥٦ ، ١٦٠ جـ ١ دار النهضة العربية ـ القاهرة ١٩٦٤

مبدأ سلطان الارادة الى حد اتخاذه مبدأ مطلقا فى كل نواحى القانون وهو مذهب القوانين اللاتينية وهى التى تذهب مذهبا شخصيا فى العقد وتأخذ بنظرية الارادة الباطنة اذ العبرة عندهم بارادة المتعاقدين التى يكنها ضمير كل منهما وما التعبير المادى عن هذه الارادة الا مجرد دليل يكشف عنها ومن ثم فالعبرة فى العقود للمقصود •

وهذه المبالغة فى مبدأ سلطان الارادة من أنصار المذاهب الفردية يقابلها على النقيض معارضة من خصوم المبدأ الذين يقولون بنبذه مرة واحدة من أنصار المذاهب الاشتراكية وهذا الاتجاه يعول على الارادة الظاهرة ويقف عند التعبير عن الارادة ، فالتعبير المادى عن الارادة ليس مجرد دليل عليها بل هو الارادة ذاتها وهو مذهب القوانين الجرمانية •

والمذهب الوسط أو الاعتدال فيما يتعلق بدور الارادة فى العقود فان دورها فى الحقوق العينية أقل أثرا منه فى الحقوق الشخصية فلا تستطيع الارادة أن تنشىء حقوقا عينية جديدة كما أن آثار هذه الحقوق يقوم القانون بتحديد الجانب الأعظم منها ، أما دور الارادة فى الحقوق الشخصية فأكثر اتساعا وأوضح أثرا فهى مصدر لكثير من الحقوق الشخصية الى جانب مصادر أخرى لتلك الحقوق كالعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب ومجال سلطان الارادة أكثر اتساعا فى الالتزامات الارادية والتعاقدية وان كانت محددة بالنظام العام والآداب...الخ • وعلى هذا النحو فالقانون يعترف بمبدأ سلطان الارادة ولكنه يقيده بما يحقق المصلحة العامة والعدالة بما أعطاه للقضاء من سلطة فى هذا المجال[1] •

---

(١) فللقاضى سلطة استكمال شروط العقد وهو الذى يتولى تطبيق عيوب الارادة ويراقب مشروعية السبب ويحدد مضمون العقد — د. عبد المنعم فرج الصدة — مصادر الالتزام ص ٥٢ — مرجع سابق ؛ السنهورى — الوسيط — مصادر الالتزام ج ١

وبعد ، هذا الايضاح المهم لمسلك الفقهاء فى تعريف العقد ومسلك الشرع فى بيان معنى العقد وجنوحه الى الارادة الظاهرة الذى يحكى نوعا من التقدم فى المعاملات المدنية بما ييسر المعاملات ويسهلها ويستجيب لمتطلبات العصر الحاضر فى القرن العشرين .

وعلى هـذا الأساس فان قوام العقد ــ سـواء بمعنى توافق ارادتين أو تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين ــ أمران هما :

١ ــ أن تكون هناك ارادتان متقابلتان ، فالارادة الواحدة تنشىء تصرفا قانونيا بارادة منفردة والتقابل بين ارادتين يكون عقدا .

٢ ــ وجوب الاتفاق على احداث أثر قانونى والا فلم نكن بصدد عقد ، ويعرف ذلك من الظروف والملابسات ، فأعمال المجاملات لا تنشىء عقودا والنية هنا قائد العمل وسائقه فيها يبين من الظروف والملابسات قصد المتعاقدين الى احداث أو انشاء التزامات أو التزام .

وكل ذلك فى نطاق المعاملات المـالية بين الأفراد أى التى تدخل فى نطاق القانون الخاص فتخرج العلاقات التى يحكمها القانون الدولى العام أو القانون الادارى أو قوانين الأحوال الشخصية[1] .

---

(1) يذهب د. البدراوى الى أن الاجمـاع يكاد ينعقد بين الشراح والقضاء ، وعلى أن نطاق العقد يجب أن يكون مقصورا على دائرة روابط القانون الخاص لا روابط القانون العام ــ النظرية العامة للالتزامات فى القانون المصرى ص ٤٢ ــ ولكن خلافا بين الشراح ثار حول شمول العقد للروابط القانونية غير المـالية كالزواج ونحوه فذهب البعض منهم (د . السنهورى مرجع سابق ص ١٧٤ ــ د . حشمت أبو ستيت نظـرية الالتزام جـ ١ ص ٣٩ ــ د. عبد المنعم الصـدة مرجع سابق ص ٥٢ ــ أنور سلطان ــ النظرية العامة للالتزامات ص ٢٩) الى أنهـا لا تسـمى عقودا فى حين ذهب آخرون منهم (د. سليمان مرقص ص ٤٤) الى أنها تسمى عقودا ، وهناك فريق ثالث حصر العقد فى العقود التى تتعارض فيها مصالح العاقدين ويتفاوض فى شروطها الطرفان على قدم المساواة فتخرج عقود الشركة وعقود الاذعان والعقود الجماعية وتصـالح الدائنين مع

وجنوح المشرع الى الارادة الظاهرة فى تكوين العقـد[1] ابتغاء استقرار التعامل فان ذلك لا يطغى على الأصل فى التقنين المدنى المصرى الجديد وهو الارادة الباطنة وان كانت وسيلة التعرف عليها هى الارادة الظاهرة ، وهنا تكون الارادة الظاهرة وسيلة لا غاية ، ولكن التقنين المدنى المصرى الجديد على الرغم من هذا لا يزال فى حظيرة التقنينات اللاتينية الحديثة التى خطت خطوات واسعة فى هذا المجال ولكنه لم يبلغ فى ذلك مبلغ التقنين الألمـانى والتقنينات الجرمانية الأخرى[2] .

* * *

● موازنة بين معنى العقد فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى :

بامعان النظر وانعامه فى معنى العقد لدى فقهاء الاسلام يتضح أن هناك مجموعة من الضوابط الشرعية التى تميزه نذكر منها ما يلى :

١ ــ أن الفقه الاسلامى وقد عبر عن العقد « بالارتباط بين الايجاب والقبول » مما يدل على الاهتمام بالصيغة كوعاء تظهر فيه الارادة ، ويعبر عن الرضا واتجاه النية نحو العبارة والأثر المترتب عليها وفق ذلك المسلك الفقهى ما يقطع فى الدلالة على الاهتمام بالارادة الظاهرة والباطنة فى الصيغة وما يجمعها بالرضا والنية والاختيار من قصد نحو العقـد وآثاره المترتبة عليه ، وهو ما لم تصل اليه القوانين الوضعية الا على حين فترة من الزمن مرت فيها بتغليب المذهب الفردى تارة وما يقوم

= المفلس ، اذ هى مراكز قانونية منظمة ومن ثم يكون تفسيرها كما تفسر القاعدة القانونية طبقا لمـا تقضى به الظروف ووفق ما يقتضيه الصالح العام وهـذا التضييق لا دليل عليه .

(١) كما يأخذ بها القانون ــ بالارادة الظاهرة ــ ايضا فى تفسير العقد كما فى المواد ٩١ ، ٩٢ ، ١٢٠ ، ١٢٦ ، ١٥٠ وغيرها .

(٢) د . السنهورى ــ الوسيط ــ مصادر الالتزام ص ٩٩ مرجع ســابق .

عليه من المغـالاة فى حرية الارادة وسلطانها ومن ثم تقديم المصـلحة الفردية على مصلحة الجماعة وان زعم أنصار هـذا المذهب أن المصلحة الفردية تحقق دائما المصلحة الجماعية وأن الأخيرة متحققة من خـلال الأولى ، كما مرت النظم الوضعية بمرحلة تغليب المصلحة الجماعيـة أو مصلحة الجماعـة على مصلحة الفرد من خـلال ما يعرف بالمذهب الاشتراكى وما صاحبه من انتكاص فى مبـدأ سلطان الارادة وتدخل الدولة فى كثير من مسائل التعاقدات الخاصة بين الأفراد وتغليب النزعة المادية فى تكوين وتفسير العقود كما ظهر فى مجموعة القوانين الجرمانية.

٢ — أن الفقه الاسلامى وقد أقام الارتباط بين الايجاب والقبول على أمر ضرورى وهو أن يكون « على وجـه مشروع » ليعبر تعبيرا خاصا ودقيقا عن الصبغة الدينية للعقود فى الفقه الاسـلامى وهو ما يميزها عن غيرها من العقود فى النظم والقوانين الوضعية التى أقامت من القانون ذاته سياجا لهذه العقود ، فمشروعية العقود مستمدة من القانون ليس الا ، وفى هذا النطاق يختلف الفقه الاسلامى عن القانون اختـلافا كبيرا وكثيرا ، فالقانون مثلا يقنن الفائدة وهى أمر محـرم فى الاسـلام .

٣ — أن المشروعية الاسلامية التى يقوم عليها الارتباط بين الايجاب والقبول هى ما يمكننا أن نطلق عليـه « حكم العقد » ومن ثم فأحكام العقود فى الفقه الاسلامى « جعلية » أى من جعل الشـارع وترتيبـه وليست من صنع الأفراد أو المتعاقدين وترتيبهم ، وحكم العقد شرعا بمعنى صحته أو بطلانه وفساده أو جوازه وعدم جوازه ، أو حله وحرمته، وهذا أمر يستقل به الشارع الحكيم فى المنهج الاسلامى بما بينه للناس فى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، فأمر الحلال والحرام من ترتيب الشارع فى الاسلام .

ولذلك قال الفقهاء : ان المراد بارتباط الايجاب والقبول هو الارتباط الحسى أى تعلق الايجاب بالقبول عرفا ثم يترتب عليه الارتباط الحكمى

وهو وجوب الوفاء بما التزم به الطرفان بجعل الشارع وأمره ، قال برهان الشريعة[1] : « فى الشرع يحكم بأن الايجاب والقبول الموجودين حسا يرتبطان ارتباطا حكميا فيحصل معنى شرعى يكون ملك المشـــترى أثرا له ... » .

ومن هنا افترق حكم العقد عن أثر العقد بمعنى النتيجة وما يترتب على العقود ويحصل منها من حقوق وواجبات ، وفى ذلك يقول السيد الشريف : « الأثر له ثلاثة معان : الأول بمعنى النتيجة وهو الحاصـــل من الشىء ، والثانى بمعنى العـــلامة ، والثالث بمعنى الجزاء »[2] . والمقصود هنا هو المعنى الأول فى العقود .

٤ ــ أن الفقه الاسلامى وقد أقام الارتباط بين الايجاب والقبول على أساس المشروعية العليا فان هذه المشروعية لا تنفصل عن احداث أثرها على ما يرتبه العاقدان من آثار على العقد أو من التزام أو التزامات ينشئها العقد أو ينقلها أو يعدلها أو ينهيها .

وعلى هذا النحو فانه يمكننا القول بأن هناك فى دائرة العقـــود والتصرفات التعاقدية منطقتان ــ أو ان شئت نطاقان ــ تختلف طبيعة كل منهما ومدى حرية العاقدان فيهما :

منطقة المشروعية الأساســـية بمعنى أن يكون العقد فى ذاته حلال شرعا ، ومنطقة ترتيب الأفراد أو المتعاقدان لآثار العقد على النحو الذى يحقق مصلحتهما ، وفى هـــذا النطـــاق ترك المشرع للأفراد حرية ترتيب مصالحهم من خـــلال ما يتفقان عليـــه من آثار للعقـــد وكيفية تنفيـــذ ما يترتب عليه من التزامات تجاه كل طرف من أطرافه وذلك فى نطاق

---

(١) مختصر الوقاية ، مخطوطة مكتبة طوب قاب استانبول (٣٧٢٣) ورقة ٧٠ لمؤلفـــه محمود تاج الشريعـــة المحبوبى ــ حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٩

(٢) التعريفات للجرجانى المعروف بالسيد الشريف ص ٨ ط الدار التونســـية للنشر .

المشروعية أيضا فلا بد أن يثبت أثر المشروعية فى كل ما يرتبه طرفا العقد من آثار أو التزامات[1] .

٥ — لا بأس عندى من أن تضاف عبارة « توافق ارادتين » الى تعريف العقد فى الفقه الاسلامى ويصبح التعريف على النحو التالى :

« العقد هو : توافق ارادتين وارتباط الايجاب بالقبول على وجه مشروع يحدث أثره فى المعقود عليه » .

وذلك لثلاثة أسباب رئيسية هى :

(أ) أن الفقهاء المسلمين — فيما عدا الحنفية — عولوا فى تعريف العقد على الجمع بين الارادتين : الظاهرة ممثلة فى العبارة ، والباطنة ممثلة فى الرضـا ، على حين كان اهتمام الأحناف بالعبارة أشـد وأظهر ، حتى انهم جعلوا ركن العقد الوحيـد هو الصيغة بما تعنيـه من الايجـاب والقبول وارتباطهما .

ولا شك أن عبارة « توافق ارادتين » أظهر فى الدلالة على هـذا المسلك لدى جمهور الفقهاء ، ولاحتمـال أن تفهم عبـارة « ارتبـاط الايجاب بالقبول » على أنها دليل على اهتمام الفقهـاء بالمظهر المـادى للقصد الذى هو مناط الرضا والاختيار والنية ، وهـذه كلهـا أمور جوانية أو باطنية لا تنفصل عن العبارة التى تتخذ وسيلة للتعبير عنها .

(ب) أن عبارة « توافق ارادتين » بعد اضافتها الى تعريف العقد فى الفقه الاسلامى يجب أن تنصرف أيضا الى معنى اضـاف مفيد فى العقد وأعنى به المرحلة التمهيـدية التى تسبق مرحلة الارتبـاط بين الايجاب والقبول ، وهـذه المرحلة التمهيدية التى تتوج بالتوافق بين الرغبات على أسـاس حصوله أو تحقق مصلحة كل طرف من العقـد

---

(١) انظر الكاسانى — بدائع الصنائع ج ٧، ص ٣٢٢٣ وما بعدها حيث فرق بين أحكام البيع الأصلية والتبعية ، ونحن نؤثر مصطلح «الحكم والأثر» منعا من اللبس — أيضا القوانين الفقهية ص ٢١٢ — بلغة السالك ج ٢ ص ٣٤٦ — البحر الزخار ج ٤ ص ٣٦٩ — المغنى ج ٣ ص ٥٧١

أو من العمليـة التعاقدية ويكون ذلك أساسـا لا بد منـه لمرحلة الارتباط بين الطرفين كمظهر عملى للعقد •

ومن ناحيـة أخـرى فان هـذه المرحلة التمهيدية أصبحت فى المعـاملات المعـاصرة ضرورية وهى مـا تسـمى « بدراسـات الجـدوى للمشروع » أو مرحلة التفـاوض لابرام العقـد فالعقود كأهم وسـائل المعـاملات لا تتم الا بعـد أن يدرس كـل طـرف من أطراف العملية التعاقدية ما هو مقدم عليـه من ارتباط ، وتقـدير مصلحته تقديرا سليما يجنبه مغبة الارتباط بعقود غير رابحة أو لا تحقق مصلحته من التعاقد • ونظرا لأهمية هـذه المرحلة وخطورتهـا والتى يجب أن تمر بها العملية التعاقدية وبخاصـة فى المعاملات الاقتصـادية المعاصرة رأيت اضافتها لتعريف العقد اذ يجب أن يشتمل عليها التعريف لمـا ذكرنا من أسـباب •

(جـ) أنه من شروط الارتباط بين الايجاب والقبول وما يعنيـه من الاتصـال القائم بينهما وهو عنـد الجمهور[1] بألا يكون الموجب قد عدل عن ايجابه أو أعرض عنـه أو انتهى مجلسـه وبقاؤهما على أهلية العقد خلافا للمالكية الذين ذهبوا الى أنه ليس للموجب حـق العدول ما دام مجلس العقد قائما حتى لو رجع عنـه لا يعتـد برجوعه وكذلك اذا حدد له مدة محددة يلتزم بهذه المدة[2] • وعلى ذلك يشترط توافق الايجاب والقبول أى أن يكونا متوافقين بأن يردا على محـل

---

(١) فتح القدير مع شرح العناية جـ ٥ ص ٧٤ ـ الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤ طبعة المطبعة الأميرية ببولاق سـنة ١٣١٠ هـ طبعة أوفست دار المعرفة بيروت ـ البحر الرائق جـ ٥ ص ١٨٣، ط دار المعرفة بيروت ـ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٤ ط دار احياء التراث العربى ببيروت ـ مواهب الجليـل جـ ٤ ص ٢٢٨ ط مطبعة السـعادة مصر ١٣٢٩ هـ ـ الروضة جـ ٣ ص ٣٣٩ للعاملى شرح اللمعة الدمشقية لمحمد جمال الدين الشهيد الثانى ـ كلية الآداب بالنجف ـ كشـف القنـاع جـ ٢ ص ٣ ط مكتبة نصر الحديثة بالرياض ـ الانصاف جـ ٤ ص ٢٦٠ ، ط السنة المحمدية سنة ١٣٧٥ هـ •

(٢) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٤٠

واحـد وأوصاف واحدة والا لم يتم التراضى ولا يتحقق العقـد ولا يترتب على الايجاب والقبول أثره • يقول الامام الكاسانى :

« وأما الذى يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للايجاب بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع وبما أوجبه ••• فان خالفه كله أو بعضه لا ينعقد »[1] الا أن تكون المخالفة لصالح الموجب وحاجة الزائد الى الرضا الموجب وان كان رضا ضمنيا[2] •

* * *

الفرع الثالث : العقد والتصرف والالتزام والالزام والوعد

١ ـ العقد والتصرف :

التصرف هو كل ما يستقل به الشخص لوجوده لكونه ملكه وحده جعل له الحق فى أن ينفرد بانشائه ولم يجعل لغيره الحق فى منعه ، ولا أن يكون له دخل فى وجوده كالطـلاق ، أو هو كل ما يصـــدر عن الشخص بارادته فيرتب عليه الشارع أثرا •

ويشمل أيضا ما لا يجوز أن يستقل به الشخص لكونه ليس ملكه وحده بل لا بد لوجوده من اشتراك التصرف مع غيره الذى يشـاركه فى التصرف المراد حصوله كأن يبيع داره لانسان[3] وهو نوعان : فعلى، وقولى[4] •

والفعلى : ما كان قوامه عملا لا قولا كاحراز المباحات ، واستلام المبيع وقبض الدين •

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٢٩٩٠ ط مطبعة الامام بالقاهرة .
(٢) الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ١٢٧ ـ حاشية ابن عابدين جـ٤ ص١٩
(٣) انظر على قراعة ـ أحكام العقود فى الشريعة الاسلامية ص ٧
(٤) المجلة ١٦٦٠ ـ تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ٢ ص ٤٢٣

والقولى نوعان : عقدى ، وغير عقدى .

والعقدى : كالبيع والاجارة ، والشركة ... الخ . وغير العقدى : يشتمل على نوعين هما :

(أ) نوع يتضمن ارادة صاحبه على انشاء حق ، أو انهائه أو اسقاطه ، كالوقف والطلاق ، والاعتاق والابراء والتنازل عن حق الشفعة .

(ب) نوع لا يتضمن ارادة منصبة على انشاء الحقوق أو اسقاطها ، وان كانت أقوالا تترتب عليها نتائج معتبرة .

كالدعوى ، فانها طلب حق أمام القضاء ، والاقرار فانه اخبار المرء بحق عليه لغيره ، والانكار والحلف على نفى دعوى الخصم . فانها أخبار تترتب عليها أحكام قضائية . وهذا ما يسمى بالتصرف القولى المحض .

والعبرة فى تميز التصرف القولى عن الفعلى انما هى بطبيعة التصرف وصورته لا الأساس الذى بنى عليه . ولذا كان دفع الثمن وتسليم المبيع تصرفا فعليا ولو أنه مبنى على عقد البيع ، وعلى ذلك فلا شبه بين كل من التصرف الفعلى والتصرف القولى المحض وبين العقد .

أما التصرف القولى العقدى فانه يتفق مع العقد بالمعنى المشهور ، الذى سبق بيانه ، أما التصرف القولى غير العقدى فلا يتفق أيضا مع العقد بالمعنى المشهور ويكون العقد أخص من التصرف القولى غير العقدى وان كان يتفق معه فى المعنى العام للعقد .

* * *

● **التصرف فى القانون الوضعى :**

يعرفه رجال القانون بأنه : اتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى معين يرتبه القانون . أو أنه ارادة محضة تتجه الى احداث أثر قانونى معين لا يحظره القانون[1] . وهو اما أن يقوم على اتفاق ارادتين فيكون

---

(1) د . عبد المنعم الصدة ـ مصادر الالتزام ص ٤٦ ـ د. السنهورى ـ مصادر الحق جـ ١ ص ٦٦

عقدا كالبيع والايجار ، أو يقوم على ارادة منفردة كالوصية والنزول عن حق ارتفاق أو رهن وقبول المنتفع لما اشترط فى مصلحته واقرار تصرف الفضولى ومن ثم فهو قد ينشىء حقا شخصيا أو يكسب حقا عينيا أو هذا وذاك أو يرتب آثارا قانونية أخرى .

وعادة ما يقرن رجال القانون بين التصرف القانونى والواقعة القانونية كمصدرين رئيسيين للحقوق جميعا ، ويعرفون الواقعة القانونية بأنها عمل مادى اختيارى أو اجبارى يرتب عليه القانون أثرا قانونيا معينا ، والعمل المادى الاختيارى قد يكون مشروعا وهو العمل المادى النافع ، أو الاثراء بلا سبب ، وقد يكون غير مشروع وهو العمل المادى الضار أو العمل غير المشروع ، أما العمل المادى غير الاختيارى كالميلاد والموت[1] .

وقد رتب الدكتور السنهورى مصادر الحقوق بوجه عام على أساس علمى فقال[2] :

ان المراد بمصدر الالتزام هو السبب المنشىء له ويرده — أى السبب — الى ما يسمى بالواقعة القانونية (Fait Jaridique) وهذه قد ترجع الى ارادة الانسان أو لا ترجع اليها كتلك التى تكون من عمل الطبيعة .

والوقائع التى ترجع لارادة الانسان أكثرها أعمال مادية ومنها ما ليس أعمالاً مادية بل ارادية ، أى عمل ارادى محض يتجه الى احداث نتائج قانونية معينة وهى ما تسمى بالأعمال القانونية (Actes Juridique)

والأعمال القانونية اما أن تكون صادرة من جانب واحد كالوصية والوقف والجعالة ، أو صادرة من جانبين وهذا هو العقد ، والقانون وراء كل ذلك يحدد الآثار القانونية التى تترتب على الوقائع والأعمال جميعا .

(١) د . السنهورى — مصادر الحق جـ ١ ص ٦٦ — د. عبد المنعم الصدة مرجع سابق .

(٢) الوسيط — مصادر الالتزام ص ١٤٢ وما بعدها .

وتقوم نظرية التصرف القانونى على مبدأين :

الأول : مبدأ سلطان الارادة ويتمثل فيما نص عليه القانون من أن العقد شريعة المتعاقدين[1] .

الثانى : نسبة الأثر الذى يترتب على التصرف .

ويعيب الدكتور السنهورى على الفقــه الفرنسى أنه حتى الآن لم يوفق الى وضع نظرية شــاملة للتصرف القانونى والواقعة القانونيــة ليرد اليها مصادر الحقوق جميعا وأن التقسيم الذى اتجه فى مصادر الالتزام وردها الى خمسة هى : « العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة ، والقانون » تقسيم معيب لما فيه من خلط بين التصرف القانونى والواقعة القانونية بل يكاد يطمس فكرة التصرف القانونى والواقعــة القانونية بالفصل بين مصادر الحق الشخصى ومصادر الحق العينى وبجعله القانون مصدرا مباشرا للالتزام فحال دون الكشف عن الواقعة القانونية التى تختفى وراء القانون وهى التى ترتب عليها الالتزام . كل ذلك جعل الفقه الفرنسى الحديث يقسم مصادر الالتزام تقسيما خماسيا آخر هو : « العقد ، والارادة المنفردة ، والعمل غير المشروع ، والاثراء بلا سبب ، والقانون » وهذا التقسيم بدوره معيب بعيبين جوهريين هما :

١ ــ أنه يحجب وحده « التصرف القانونى » اذ يفرق بين العقد والارادة المنفردة فى مصادر الالتزام ، ثم ينكر على العقد أن يكون سببا بذاته لنقل الملكية ويقصره على أنه ــ العقد ــ ينشىء التزاما بنقلهــا وبذلك لا يعدو العقد أن يكون مصدرا للالتزام .

٢ ــ أنه يحجب وحــده « الواقعــة القانونيــة » التى ترد اليها مصادر الالتزام ومصادر الحق العينى دون تمزيق لها على نحو ما هــو قائم فى التفريق بين مصــادر الالتزام (العمــل غير المشروع والاثراء

---

(1) م ١/٢٢١ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى و ١/١٤٧ مدنى مصرى و م ١١٣٤ مدنى فرنسى .

بلا سبب والقانون) ومصـادر الحـق العينى (الاسـتيلاء والميراث والالتصاق والشفعة والحيازة) .

ثم يحاول الدكتور السنهورى الربط بين الفقه الاسلامى وفقـه القانون الوضعى فى رد مصادر الحقوق جميعا ــ شخصية وعينية ــ الى مصدرين اثنين هما : التصرف القانونى ، والواقعة القانونية ، على أساس أن الفقهاء المسلمين يميزون بين التصرفات القولية وأن هذه هى التصرفات القانونية والتصرفات الفعلية وأن هذه هى الوقائع القانونية .

وهذه المحاولة من الأستاذ الدكتور السنهورى لا تعدم سندا لها من أقوال الفقهاء وليس هذا هو المهم فى تقديرى ، ولكن الأهم من ذلك هو الاطار والمنطلق فى مسلك الفقه الاسـلامى وفقهاء القانون الوضعى أو ما يمكن تسميته بمنهج البحث عنـد الفقهاء المسـلمين ، وطريقـة البحث عنـد فقهاء القانون الوضعى ، فالقـانون هو الذى يحيـط بمصادر الحقوق وينص عليها ويرتب أحكامها ابتداء وانتهاء ، أما منهجية البحث فى الفقه الاسـلامى فتستمد مشروعيتها أو شرعيتها من القرآن والسنة ، فهناك التزامات أو واجبات شرعية كثيرة لا يمتد اليها أو تشتمل عليها نظرية الالتزام بمصـادرها المختلفة فى القانون ، وذلك مثل الزكاة بمصارفها المختلفة والنفقات الواجبة ... الخ ، ومن ثم فليس هناك حاجة عملية أو شرعية تدعو الى مثل هذا التصنيف الذى ذهب اليه الأستاذ الدكتور السنهورى ورد مصادر الحقوق فى الفقه الاسلامى الى ما يسمى فى فقه القانون بـ « التصرف القانونى » ، و« الواقعة القانونية » طالمـا أن المصدر الأسـاسى لكل منهما مختلف بل متفاوت تماما ، فمصـدر الأحكام جميعها فى الفقه الاسـلامى هو القرآن والسنة وعلى هـذا الأساس تنعدم المقارنة ، ومن الأدلة على ذلك مثلا :

يقول الله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنـوا لا تأكلوا أمـوالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾(1) .

---

(1) النساء : ٢٩

فالآية الكريمة تدل على النهى عن أكل الأموال بالباطل ومن ذلك الربا وهو أمر جائز فى القانون .

ويقول الله تعالى : ﴿ **يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** ﴾[1]
وفى آية اخرى : ﴿ **وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا** ﴾[2]

والوفاء بالعقود أو العهود انما بمعناها الشامل للارادة المنفردة اذ يطلق الفقهاء « العقد » على الربط وهو متحقق من الانسان المتمتع بالأهلية اذا صدر عنه كلام ملزم فقد ربط نفسه به ، ومن حيث المسئولية التى تقع عليه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى ، فالقوة الملزمة للعقد تستمد من أوامر الله تعالى ، وعلى ذلك فخلف الوعد حرام بل صفة من صفات النفاق لما رواه البخارى ومسلم فى صحيحيهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا ائتمن خان »[3] .

وكذلك اليمين ملزمة والطلاق على غير المال ملزم ولا حاجة فيهما الى وجود مقابل بالاتفاق[4] .

وعلى هذا النحو فليس الفصل قاطعا وحادا بين العقد والارادة المنفردة ، كما أن العقد فى الفقه الاسلامى ينقل بذاته الملكية ولا يقتصر على انشاء التزام بنقلها كما هو القانون ، ولهذا اتضح عدم وحدة المنهج أو الطريقة المتبعة فى البحث الفقهى فى كل من الفقه الاسلامى

---

(1) المائدة : 1 (2) الاسراء : 34

(3) صحيح البخارى مع الفتح ــ كتاب الايمان ج 1 ص 89 ط المطبعة السلفية بالقاهرة 1380 هـ ــ صحيح مسلم ــ كتاب الايمان ج 1 ص 78 ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ط عيسى الحلبى 1374 هـ (1955م) .

(4) فتح القدير مع شرح العناية على الهداية ج 3 ص 20 ط دار صادر ــ الشرح الكبير مع الدسوقى ج 2 ص 361 ط الاستقامة بالقاهرة ــ المغنى لابن قدامة ج 7 ص 96 ط مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ــ الاجماع لابن المنذر ص 79 ط دار الدعوة .

وفقه القانون الوضعي ، واذا كان ذلك كذلك فلا طـائل من التغريب الذى ذهب الأستاذ الدكتور السنهورى رحمه الله •

٢ ــ العقـد والالتزام :

الالتزام لغة : هو الزام الشخص نفسه ما ليس لازما له •

وعرفه الفقهاء : بأنه الزام الشخص نفســه شـيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء[١] ••• وهو تعهد شخصى لا يسئل عنه غير الملتزم فكان قاصرا عليه حال حياته وعلى ما يتركه بعد وفاته من أموال•

وقد أطلق البعض[٢] الالتزام بمعنيين :

بمعنى خاص : فعرفه بأنه ايجاب الانسان شيئا من المعروف على نفســه مطلقا أو معلقا •

بمعنى عام : فعرفه بأنه ايجاب الانســان أمرا على نفسه باختياره وارادته من تلقاء نفســه •

وعرفه البعض[٣] بقوله : كون الشخص مكلفا بفعل أو امتنــاع عن فعل لمصلحة آخر ، وقد يكون عقديا أو غير عقدى كالغصب فهو سبب لالتزام الغاصب » •

وعرفه البعض[٤] : بأنه تعهد شخصى لا يسـئل عنــه غير الملتزم فكان قاصرا عليــه حال حياته وعلى ما يتركه من أموال بعد وفاته اذا لم يؤثر فيه الموت بالسقوط » •

وعرفه البعض[٥] : بأنه ايجاب الشخص على نفســه أمرا جائزا شرعــا •

---

(١) انظر فتح العلى المـالك ص ١٨٠ ــ ٢٠٠
(٢) أحمد ابراهيم ــ الالتزامات ص ٢١
(٣) جـ ١ ص ٤٣٦ مصطفى الزرقا ــ المدخل الفقهى العام
(٤) على الخفيف ــ بحث فى مجلة القانون والاقتصاد ص ٥١٥ ــ ٥١٦
(٥) د. عبد الناصر العطار ــ الأجل فى الالتزام ــ رسالة ص ٤٤

وقد استعمل الفقهاء المسلمون لفظ الدين والمدين والطلب والغريم والواجب .. للتعبير عن الالتزام ، ويستعملون أحيانا لفظ الالتزام ، ويريدون به غالبا الحالات التى يلزم فيها الشخص نفسه بارادته المنفردة ، ونادرا : الالتزامات التى تنشأ عن العقد ، أما الالتزامات التى تنشأ عن المسئولية فتسمى بالضمانات[1] .

والالتزام نوعان :

اختيارى ، وهو ما كان بارادة الانسان واختياره ، فيلزم نفسه ما لم يكن مطلوبا منه من قبل .

وقسرى ، وهو ما كان نتيجة لالزام من له حق الالزام ، ولا دخل لارادة الانسان فيه .

٣ ــ الالتزام والالزام :

الالزام يأتى من الغير ، والالتزام يأتى من الشخص نفسه وان كان الالتزام يتضمن معنى الالزام بذاته[2] .

خلاصة : نخلص الى أنه لما كان العقد بالمعنى المشهور لا بد فيه من اجتماع ارادتين على نحو ما سبق بيانه ، فانه يكون أخص من الالتزام .

* * *

● الالتزام فى القانون :

عرفته المادة الأولى من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى :

« الموجب هو رابطة قانونية تجعل لشخص أو لعدة أشخاص حقيقيين أو معنويين صفة المديون تجاه شخص أو عدة أشخاص يوصفون بالدائنين » .

---

(١) السنهورى ــ مصادر الحق ج ١ ص ٦٤ دار الفكر .

(٢) د. جمال محمود ــ سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الاسلامى رسالة ص ١٨٥

وعرفته المادة (١٢١) من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى بأنه[١] : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل » ثم حذف هذا التعريف فى المشروع النهائى .

ويعرفه كثير من فقهاء القانون فى مصر وفرنسا بأنه :

« الالتزام رابطة قانونية توجب على شخص معين أن ينقل حقا عينيا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل »[٢] .

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهورى بقوله[٣] :

« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

ولا شك عندنا أن تعريف الالتزام بأنه « حالة قانونية » أولى من تعريفه بأنه « رابطة قانونية » فمن المسلم به لدى فقهاء القانون أن الالتزام فى المرحلة التى وصل اليها فى الوقت الحاضر له ناحية مادية يعول فيها على محل الالتزام أكثر من أشخاصه وبالتالى تصبح العبرة بقيمته المالية ، فمحل الالتزام يتمثل فى أداء مالى أى يمكن تقويمه وتقديره بالنقود وتكون العبرة فى كون الأداء ذا قيمة مالية لطبيعة الأداء والعادات

---

(١)) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٩ هامش .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ــ مصادر الالتزام ص ٢٢ ، د. محمد لبيب شنب ــ موجز فى مصادر الالتزام ص ٥ ، حشمت ابو ستيت ــ نظرية الالتزام فقرة ٢٥ ط ٢ ، عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للالتزام جـ ١ ص ٧٨ ، د. اسماعيل غانم ــ أحكام الالتزام فقرة ٢١ ، بيدان جـ ٨ ط ٢ فقرة ٢ ، جوسرانا جـ ٢ ط ٣ فقرة ٢ ، بلانيو وريبير ، بولانجى جـ ٢ ط ٢ فقرة ٢ وغيرهم مشار اليهم فى د. عبد المنعم الصدة .

(٣) الوسيط ــ مصادر الالتزام ص ١٢٥ ، أيضا د. احمد حسن البرعى ــ نظرية الالتزام فى القانون المغربى ص ١٣

السائدة فى المجتمع وقت نشوء الالتزام ، هذا بالنسبة للأداء الواجب على المدين ، أما المصلحة التى تعود على الدائن من جراء هذا الأداء لمحل الالتزام فلا يلزم فيها أن تكون ذا قيمة مالية بل يصح أن تكون مصلحة معنوية[1] . وهـذا يؤدى الى سرعة التعـامل والاسـتجابة لمقتضيات الاقتصـاد المعـاصر ، فيمكن اجـازة حـوالة الحـق وحـوالة الدين ، كما يترتب عليه تصـور وجود التزام دون وجود دائن وقت نشوئه اذ يكفى أن يكون قابلا للتعيين فى المستقبل عند تنفيذ الالتزام[2] مثل حالات التزام المدين بارادته المنفردة كما فى الجعالة أو الوعد بجائزة وكما فى الاشتراط لمصلحة شخص لم يوجد بعد ، وكذلك بالنسبة للسند لحامله ، فمن يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند .

* * *

● موازنة بين تعريف الالتزام وأنواعه فى الفقه الاسـلامى وفقـه القـانون الوضعى :

ان المتأمل فى تعريفات الفقهاء التى وردت بشـأن الالتزام يلمح التركيز على جانب المدين فى الالتزام ومن ثم الاهتمام بأصل العلاقة فى الالتزام وهى الملتزم ومحل الالتزام ، مما يبرز الجانب الموضوعى فى المسألة وهو ما توصل اليه فقه القانون الوضعى بعد تطور طويل أصبح يستجيب للمتطلبات الحديثة فى المعاملات .

كما أن مصادر الالتزام فى الفقه الاسلامى تلتقى مع مصادره فى القانون سواء أكانت هى فى الارادة المنفردة أو العقد أو العمل الضار أو غيره مما يدخل تحت الضمانات فى الفقه الاسلامى ، وكذلك الشريعة نفسها تعد مصدرا للالتزام فيما توجبه من النفقات مثلا ، ويقابل هذا المصدر للالتزام القانون الوضعى ، ومن هنا يظهر الفارق الجوهرى بين

---

(١) انظر د. عبد الحى حجازى ــ النظرية العـامة للالتزام جـ ١ ص ٢٢ ــ ٣١ ، د. اسماعيل غانم ، مرجع سابق فقرة ١٤

(٢) د. عبد المنعم الصدة ــ مرجع سابق ص ٢٢

الشريعة كمصدر للالتزام والقانون كمصـدر للالتزام وانبعاث وبروز الجانب العقدى حاسما بين الشريعة والقانون •

واذا كان القانون الوضعى قد حدد صور الالتزام فى ثلاثة هى :

١ ـ اعطاء شىء • ٢ ـ القيام بعمل •
٣ ـ الامتناع عن عمل •

فان صور الالتزام فى الفقه الاسلامى لا تقل عن أربعة هى[1] :

١ ـ التزام بدين • ٢ ـ التزام بالعين •
٣ ـ التزام بعمل • ٤ ـ التزام بتوثيق •

٤ ـ العقـد والوعـد :

الوعد : هو اخبار الشخص عن انشاء المخبر معروفا فى المستقبل[2] أو هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال[3] •

ويختلف العقد عن الوعد فى أن الأول اذا وجد مستوفيا أركانه وشروطه الشرعية ترتب عليه أثره فى الحال ، ووجب على كل من المتعاقدين الوفاء بالتزامه قبل الآخر بموجب العقد ، والا ألزمه القاضى الوفاء به •

---

(١) انظر مصادر الحق ـ د. السنهورى جـ ١ ص ١٥

(٢) د. بدران ابو العينين ـ الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقد ص ٣٦٧ ، تحرير الكلام من مسـائل الالتزام جـ ١ من فتـاوى الشـيخ عليش ص ٢٥٤ ، العينى على البخارى جـ ١ ص ٢٥٦ ، فتـح العلى المـالك لابن عرفة جـ ١ ص ٢٥٤ ط مصطفى الحلبى .

(٣) د. السنهورى ـ مصادر الحق جـ ١ ص ٤٥ وقد عرفت المـادة ٢٥٤ من القانون المدنى الأردنى الوعد بأنه : « ما يفرض الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال وقد يقـع على عقد او عمل ـ ويلزم الوعد صاحبه » .

أما الوعد فيتضمن انشاء التزام فى المستقبل ٠

ولا خلاف بين العلماء على أن الوفاء بالوعد مستحب[1] وان كان الفقهاء قد اختلفوا فى وجوب الوفاء بالوعد ، فيما اذا امتنع الواعد عن الوفاء به من غير مسوغ ، يجبره القاضى أم لا ؟ وذلك على النحو التالى:

١ ــ جمهور الفقهاء[2] :

يرى أن الوفاء بالوعد غير واجب ولا يلزم الوفاء به قضاء ، ولا ينال الواعد اثم اذا وعد وهو يريد الوفاء ثم عرض له ما منعه من الوفاء ، أما اذا وعد وهو عازم على عدم الوفاء فهذه أمارة النفاق لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا اؤتمن خان »[3] ٠

٢ ــ الحنفيــة :

يرون أن الوفاء بالوعد غير لازم الا فى حالة ما اذا صدر معلقا على شرط منعا للتغرير بالموعود لــه ٠

---

(١) فلو تركه فاته الفضل وارتكب المكروه الشديد ــ عبد القادر أحمد عطا ــ هذا حلال وهذا حرام ص ٢٧٢ ــ كما أنه لا خلاف بين الفقهاء فى أن خلف الوعد منهى عنه ، ذكره الشيخ عليش فى فتاويه ــ المرجع السابق ٠

(٢) يراجع د. محمد شوكت ــ نظرية العقد ــ رسالة ص ٣ ــ ويرى الشافعية ان الوعد بالالتزام لا يلزم الوفاء بــه ــ انظر السراج الوهاج للشيخ محمد الزهرى الغمراوى على متن المنهاج للنووى ص ٢٤٣ ــ طبعة دار المعرفة بيروت ، وروى الاسناد الى جمهور الفقهاء العينى على البخارى ــكتاب الايمانــ المرجع السابق ، ومسلم فى كتاب الايمان جـ ١ ص٧٨ــ المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٣٧٧

(٣) رواه البخارى فى صحيحة مع الفتح ــ كتاب الايمان جـ ١ ص ٨٩ ، ومسلم فى صحيحه ــ كتاب الايمان جـ ١ ص ٧٨

٣ ـ ابن شـــبرمة[1] :

يذهب الى أن الوعد كله لازم ، ويجبر الواعد على الوفاء بـه قضـاء .

٤ ـ المـالكيـة :

اختلف المـالكية فى هذه المسألة على أربعة أقوال :

(أ) أن الواعد لا يلزمه الوفاء فى جميع الأحوال ما لم يمت أو يفلس وهذا موافق لرأى الجمهور وقد ضعفه الحطاب[2] .

(ب) أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء فى جميع الأحوال أى سواء ادخل الواعد الموعود فى سبب أم لا ، وســواء دخل فى السبب بالفعل أم لم يدخل[3] وهذا موافق لرأى ابن شبرمة . وقال الحطاب : انه ضعيف جدا .

(جـ) أنه يلزم الوفاء بالوعد اذا كان معلقا على سبب ، والا فلا ، سواء دخل الموعود فى السبب بالفعل أو لم يدخل .

(د) أنه ملزم بالوفاء بوعده اذا كان معلقا على سبب ودخـل الموعود فى السبب بالفعل ، وهذا قول مالك وابن القاسم[4] .

---

(١) يراجع المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٨ المسألة رقم ١١٢٥ ـ انظر ايضا أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٠٢ وقد رجح هذا الرأى ابن الشاط فى أدرار الشروق على أنواء الفروق المطبوع مع الفروق للقرافى جـ ٤ ص ٢٤ ـ مرجع سابق .

(٢) يراجع فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ٢٥٦ ـ الفروق للقرافى جـ ٤ ص ٢٤ ، ٢٥ ط دار المعرفة ـ بيروت .

(٣) وبهذا قال صاحب تهذيب الفروق فقد جاء به : « الصحيح عندى القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا اى ولو لم يدخله (الموعود) فى سبب يلزم بوعده أو لم يكن مقرونا بذكر السبب فيتعين تأويل ما يناقض ذلك ويجمع بين الأدلة على خلاف الوجه الذى اختاره الشهاب والله تعالى أعلم » جـ ٤ ص ٤٧ بهامش الفروق ط دار المعرفة ـ بيروت .

(٤) فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، فتح العلى المالك جـ ١ ص ٢١٧ ، البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ ، وقد جـاء =

والقول الأخير هو المشهور الراجح عند المالكية وتؤيده آيات القرآن وكذا السنة الآمرة بالوفاء بالوعد والعهد .

يقول الله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون . كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴾(1) .

ويقول الله تعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد ، أن العهد كان مسئولا ﴾(2) .

---

* في كتاب الفروق جـ ٤ ص ٢٤ ، ٢٥ ط دار احياء الكتب العربية ما يلي : « اعلم ان الفقهاء اختلفوا في الوعد هل يجب الوفاء به شرعا أم لا ؟ قال مالك : اذا سألك أن تهب له دينارا فقلت : نعم ، ثم بدا لك . لا يلزمك ، ولو كان افتراق الغرماء عن وعد واشهاد لأجله لزمك لابطالك مغرما بالتأخير (كذا) .

قال سحنون : الذي يلزم من الوعد قوله : أهدم دارك وأنا أسلفك ما تبنى به ، أو اخرج الى الحج وأنا أسلفك ، أو اشتر سلعة أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ، لأنك ادخلته بوعدك في ذلك ، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به بل الوفاء به من مكارم الأخلاق .

وقال أصبغ : يقضي عليه به تزوج الموعود أم لا ، وكذا : أسلفني لأشترى سلعة كذا ، لزمك ، تسبب في ذلك أم لا ، والذي لا يلزم من ذلك أن تعهده من غير ذكر سبب فيقول لك : أسلفني كذا فتقول : نعم . بذلك قضى عمر ابن عبد العزيز رحمه الله ، وان وعدت غريمك بتأخير الدين لزمك لأنه اسقاط لازم للحق سواء قلت له : أؤخرك أو أخرتك ، واذا أسلفته فعليك تأخيره مدة تصلح لذلك .

وحينئذ نقول : «وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به وبعضها عدم الوفاء به أنه ان أدخله في سبب يلزم بوعده لزم كما قال مالك وابن القاسم وسحنون ، أو وعده مقرونا بذكر السبب ، كما قال اصبغ لتأكد العزم على الدفع حينئذ ويعمل عدم اللزوم على خلاف ذلك » .

انظر أيضا المدونة الكبرى جـ ٣ ص ٢٦٤ ط دار الفكر ــ بيروت ، أيضا تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد بن على ابن حسين بهامش الفروق ــ وادرار الشروق على أنوار الفروق جـ ٤ ص ٤٣ وما بعدها طبعة دار المعرفة ــ بيروت .

(1) الصف : ٢ ، ٣ (2) الاسراء : ٣٤

وحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا ايمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : اذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد أخلف ، واذا خاصم فجر »[1] .

مثال : اذا قال شخص لآخر : سأعطيك اذا نجحت فى الامتحان مائة ريال ثم نجح ، فانه يجب الوفاء به قضاء عند ابن شبرمة وبناء على القول الثانى من أقوال المالكية . واذا قلت لشخص : أريد أن أذهب الى مكان كذا فأعرنى سيارتك ، فقال لك : نعم ، ثم بدا له أن يرجع فيما قال قبل أن يدخل فى السبب (السفر) فان هذا الوعد يلزمه قضاءا على القول الثانى والثالث ، أما ان دخلت فى السبب بالفعل بناء على هذا الوعد ، فانه يجب الوفاء قضاء على ما عدا القول الأول الموافق لرأى الجمهور .

٥ ــ ابن العربى[2] :

يذهب الى أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال الا لعذر .

ففى معنى قوله تعالى : **﴿يا ايها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون﴾**[3] يقول : ان من التزم شيئا لزمه شرعا ، والملتزم على قسمين هما :

● **الاول :**

ــ نذر تقرب مبتدأ ، كقوله : « لله على صوم وصلاة وصدقة » فهذا يلزمه الوفاء به اجماعا .

---

(١) رواه البخارى فى صحيحه مع الفتح ــ كتاب الايمان جـ ١ ص ٨٩ ومسلم فى صحيحه ــ كتاب الايمان جـ ١ ص ٧٨

(٢) احكام القرآن جـ ٤ ص ١٧٩٩ وما بعدها .

(٣) الصف : ٢

ـ ونذر مباح ، وهو ما علق بشرط رغبة كقوله : « ان قدم غائبى فعلى صدقه » أو علق بشرط رهبة كقوله : « ان كفانى الله شر كذا فعلى صدقـة » .

فاختلف العلماء فيه :

فقال مالك وأبو حنيفة : يلزمه الوفاء به .

وقال الشافعى فى أحد أقواله : انه لا يلزمه الوفاء به .

● **الثـــانى :**

ان كان المقول منه وعدا فلا يخلو أن يكون منوطا بسبب أو وعدا مجردا ، فان كان منوطا بسبب كقوله « ان اتبعت حاجة كذا أعطيتك كذا » فهذا لازم اجماعا من الفقهاء .

وان كان وعدا مجردا فقيل : يلزم بمطلقه ، وتعلقوا بسبب الآية ، فانه روى أنهم كانوا يقولون : لو نعلم أى الأعمـــال أفضل وأحب الى الله لعملناه ، فأنزل الله عز وجل هذه الآية .

وقد روى مجاهد أن عبد الله بن رواحة لمـــا سمعها قـــال : لا أزال حبيسا فى سبيل الله حتى أقتل .

وفى القرطبى : قال مالك : فأما العدة مثل أن يسأل الرجل الرجل أن يهب له الهبة ، فيقول له : نعم ، ثم يبدو له ألا يفعل ، فما أرى ذلك يلزمه .

والصحيح عند ابن العربى : أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال الا لعذر . وذلك لعموم الآية لأنها بمطلقها تتضمن ذم من قال ما لا يفعله على أى وجه كان من مطلق أو مقيد بشرط .

وذهب جماعة منهم عمر بن عبد العزيز الى أن الوفاء بالوعد واجب اذا لم يكن جازما عند الوعد ، أما اذا جزم بالوفاء عند الوعد فلا بد من الوفاء ، والا فقد ارتكب حراما الا أن يتعذر الوفاء[1] .

---

(١) انظر كتاب الشيخ عبد القادر احمد عطا ـ هذا حلال وهـذا حرام ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ الطبعة الثانية دار التراث العربى .

ونقل عن الشافعى وأبو حنيفة والجمهور أنهم يرون أن الوفاء مستحب ، فلو تركه فاته الفضل وارتكب المكروه الشديد[1] .

* * *

● **رد الجمهور على المخالفين لهم :**

يرى الجمهور أن ما استدل به غيرهم لا يدل على وجوب الوفاء بالوعد لأن قوله تعالى : **﴿ يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون ﴾** نزل فى قوم كانوا يقولون : جاهدنا ، مع أنهم لم يجاهدوا ، وفعلنا أنواعا من الخيرات ، مع أنهم لم يفعلوا شيئا . ولا شك أن هذا محرم لأنه كذب ولأنه تسميع بطاعة لله تعالى وكلاهما محرم ومعصية اتفاقا[2] ، كما أن الآية جاءت على سبيل الوصف وليس فيها الدلالة على ايجاب الوفاء من قضاء[3] .

وأما الأحاديث فلأنها تدل على أن خلف الوعد من سجايا النفاق ومثل هذه السجية يحسن الذم بها[4] .

* * *

● **مناقشة وترجيح :**

ما ذهب اليه الجمهور فى رده على أدلة المخالفين مردود من نواحى:

فمن ناحية تفسيرهم **للآية بسبب** النزول وربطها به **مردود بما هو** مستقر وراجح عند علماء الأصول من أن العبرة **بعموم اللفظ لا بخصوص** السبب[5] .

---

(1) المرجع السابق .

(2) الفروق للقرافى جـ ٤ ص ٢٥ ، تهذيب الفروق بهامش الفروق جـ ٤ ص ٤٦ ط دار المعرفة ببيروت .

(3) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢٨٠.

(4) الفروق ــ المرجع السابق .

(5) المستصفى للغزالى جـ ٢ ص ٦٠ ط المطبعة الأميرية بولاق مصر ١٣٢٢ هـ ، الأحكام للآمدى جـ ٢ ص ٥٦ ط محمد على صبيح بالقاهرة ، تيسير التحرير جـ ١ ص ٣١٩ لأمير بادشاه .

ومن ناحية أن الآية جاءت على سبيل الوصف فلا يستقيم مع مطلع الآية بالنداء وانتهائها بالمقت .

ومن ناحية الأحاديث فان حديث الرسول صلى الله عليه وسلم القائل : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ..... » دليل قاطع على ذم الفعل فى ذاته وأنه هو الذى يجعل الشخص من المنافقين(٢) .

ويذهب البعض الى أن الراجح هو وجوب الوفاء بالوعد مطلقا فالظواهر المتضافرة قاضية بالحرج ولذلك فالراجح هو وجوب الوفاء بالوعد الجازم ــ أى اذا لم يكن معلقا على مشيئة الله أو نحو ذلك ــ وأن مخالفة الوعد محرم ما دام تنفيذ الوعد ميسورا وأنه لا يترتب عليه اثم(٢) .

فضلا عن أنه لا يوجد فى هذا الدين من فصل بين القضاء والديانة ما دام القضاء يستطيع الحكم فيه والنفاذ اليه(٣) .

والذى يترجح لدينا هو القول بأن الوعد ملزم ويجب الوفاء به قضاء وبخاصة اذا ترتب على خلفه وعدم الوفاء به ضرر بالموعود له اذ لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام .

كما أن القضاء فى الاسلام من أهم الوسائل لحماية الحقوق الشرعية من أن تضيع والالتزامات من أن تهدر ويأكل الناس أموالهم بينهم بالباطل، فالقضاء الاسلامى صيانة وحماية للحقوق وعوان على تنفيذ الالتزامات وهذا وذاك بما يقتضيه ويستلزمه من القوة الجبرية عند اللزم والاقتضاء ومن ثم لا يسوغ عندنا الفصل بين الواجب ديانة والواجب قضاء فى حقوق العباد ومعاملاتهم المالية والتجارية وبخاصة اذا ترتبت عليها أضرار مادية .

* * *

(١) انظر د. محيى الدين على القره واغى ــ مبدأ الرضا فى العقود جـ ٢ ص ١٠٣٥ رسالة .

(٢) تهذيب الفروق بهامش الفروق جـ ٤ ص ٤٦

(٣) د. محيى الدين على القره داغى ــ المرجع السابق جـ ٣ ص١٠٣٦

● **الوعـد فى القانون الوضعى :**

تنص المـادة (١٠١) من القانون المدنى المصرى على أن :

ـ الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد الا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التى يجب ابرامه فيها .

ـ اذا اشـترط القانون لتمام العقد استيفاء شـكل معين فهذا الشـكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفـاق الذى يتضمن الوعد بابرام هـذا العقد[1] .

وعلى ضوء هـذا النص نعرض ونناقش المسائل الآتية :

أولا ــ العقد والاتفاق :

تنص المـادة (١٦٥) من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أن :
« الاتفاق هو كل التئام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية،واذا كان يرمى الى انشاء علاقات الزامية سمى عقدا » .

ويتضح من هـذا النص أنه يأخذ بالتفرقة بين الاتفاق والعقـد متبعا ذلك رأى فريق من الفقهـاء الفرنسيين فى التفرقة بين الاتفـاق (Convention) والعقد (Contract) اذ الأول أعم من الثانى والعقد أخص من الاتفاق ، وهـذه التفرقة لا ثمرة لها من الناحية العملية[2] فالقانون المدنى الفرنسى يعرف العقد فى المـادة (١١٠١) منه :
« العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل شىء » .

---

(١) يقابل هذا النص ويتطابق معه مادة (١٠٢) سـورى ، ومادة (١٠١) ليبى ، ومادة (٩١) عراقى و (٨٦) سوداني و (٩١٥) كويتى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ـ مصادر الالتزام ص ٥٧ ، د. السنهورى الوسيط ـ مصادر الالتزام ص ١٥٠ ، د. محمد لبيب شنب ـ موجز فى مصـادر الالتزام ، نظرية الالتزام فى القـانون المغربى ص ٢٤

فالعقـد بمقتضى هـذا النص اتفـاق ينشىء التزاما فهو نوع (Espéce) والاتفاق جنس له (Genre) لكن هـذا الملحظ على نص المادة (١١٠١) من الممكن ألا يؤخذ على أنه تفريق بين العقد والاتفاق بل من الممكن أيضا أن يؤخذ النص على أنه تطابق بين العقـد والاتفاق ففى عبـارة النص ما يدل على ذلك اذ سـوت بين العقـد والاتفاق اذ جاء مطلعها « العقد اتفاق ..... » .

ولذلك يذهب أكثر فقهاء القانون الى أنه « لا فرق بين اللفظين وأنه لا أهمية ولا طائل من التمييز بين الاتفاق والعقـد وأن الرأى الذى ذهب الى أن للتمييز بين العقـد والاتفاق أهمية من حيث الأهلية اذ تختلف فى العقـد عنهـا فى الاتفاق »[١] . هـذا الرأى منتقـد فالأهلية المطلوبة تتوقف على طبيعـة التصرف ومدى أهميته بصرف النظر عما اذا كان منشئا للالتزام أو ناقلا له أو غير ذلك ، فالأهلية تختلف باختلاف العقـود ذاتها فهى فى عقـود التبرع مثـلا غيرها فى عقود المعاوضات ومع ذلك لم يقل أحد أن هناك فرقا بين الهبة والبيع والاجارة من حيث أن كلا منها عقدا لمجرد أن الأهلية فى الهبة أهلية التبرع وفى البيع أهلية التصرف وفى الاجارة أهلية الارادة وكذلك الابراء من الدين والوفاء فهما تصرفان ينهيان الالتزام ومع ذلك يختلفان من حيث الأهلية اللازمة لكل منهما ففى الابراء تلزم أهليـة التبرع وفى الوفاء يلزم أهليـة التصرف[٢] .

ثانيا ــ تعريف الوعد بالتعاقد وانواعه :

الوعد بالتعـاقد (Promesse de Contrat) عقـد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقـد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها فهو عقـد كامل

---

(١) مطول بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقرة ١٣ ط الأولى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ــ مصادر الالتزام ص ٥٧ ، د. السنهورى الوسيط ــ مصادر الالتزام ص ١٥٠ .

يتم بايجاب من الواعد وقبول من الموعود له ولكنه يمهد لعقـد يراد ابرامه فيما بعد[1] .

وعلى ذلك فالوعد بالتعاقد وسط بين الايجاب والتعاقد النهـائى فالواعد بالبيع مثلا يلتزم بأن يبيع الشىء الموعود ببيعه اذا أبدى الطرف الآخر رغبته فى الشراء ، وهذا أكثر من ايجاب اذ هو ايجاب اقترن به القبول فهو عقـد كامل ولكن كـلا من الايجاب والقبول لم ينصب الا على مجرد الوعد بالبيع ولذلك يكون الوعد بالتعاقد مرحلة دون التعاقد النهـائى[2] .

والوعد بالتعاقد يكون ملزما لجانب واحد هو الواعد حيث لا يلتزم الموعود له بشىء وهـذا هو الغالب فيه .

وقد يكون الوعد ملزما للجانبين كأن يعد البائع بالبيع والمشترى بالشراء فيصبح كلا من الطرفين ملتزما بالوعد الذى يقع على عاتقـه بمقتضى هـذا الاتفاق .

ويذهب فريق من الفقه الفرنسى الى أن الوعد بالتعاقد فى جوهره لا يمكن أن يكون الا عقـد ملزم لجانب واحد اذ أن ما يسمى وعدا ملزما للجانبين بابرام عقد هو هذا العقد ذاته[3] . وهذا هو ما أخذ به القانون المدنى اللبنانى حيث نص فى المـادة ٩٤٣/٢ فيما يتعلق بالوعد بالبيع على أن « من طبيعة هذا العقد أنه غير متبادل » .

على حين أن القانون المدنى المصرى فى المـادة (١٠١) يأخذ بأن

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ـ مصادر الالتزام ص١٤٩ ، د. السنهورى الوسيط ـ مصادر الالتزام ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، أنور العمروسى ـ التعليق على نصوص القانون المدنى جـ ١ ص ٢٣٨ ط دار المطبوعات الجامعيـة سـنة ١٩٨٣

(٢) د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٢٦٨

(٣) انظر د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ١٥٠.

الوعد قد يكون ملزما لجانب واحد وقد يكون ملزما للجانبين (الوعد المتقابل) وكذلك القانون المدنى العراقى فى المادة (٩١) [1] •

ثالثا ــ شروط الوعد بالتعاقد :

يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد ما يأتى :

١ ــ يجب أن يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه وهى أركان العقد الموعود به ، ففى البيع مثلا يجب أن يتم الاتفاق على المبيع والثمن[2] ، وفى الاجارة يجب أن يتم الاتفاق على الشىء المؤجر والأجرة والمدة ، وتخلف هذا الشرط يترتب عليه عدم انعقاد الوعد •

٢ ــ يجب أن تعين المدة التى يجب خلالها اظهار الرغبة فى التعاقد وابرام العقد الموعود به ، ويتم ذلك اما بطريقة صريحة حيث تحدد المدة أو بطريقة ضمنية اذا أمكن استخلاصها من ظروف الاتفاق وعناصره ، اذ المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، كما اذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات ميعاد معين •

وقد اعتبر القانون المدنى المصرى تعيين المدة شرطا عاما لانعقاد الوعد أيا كان العقد الموعود به[3] ، وعلى ذلك فاذا لم يشتمل الوعد

---

(١) د. حسن الذنون ــ القانون المدنى العراقى ص ٣١ ، ٣٢

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٤٦/٢/٢٨ ــ مجموعة عمر لسنة ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣ ، د. مصطفى الزرقا ــ القانون المدنى السورى ص ٥٨ ، ٥٩

(٣) نقض مدنى جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٥ ص ١١٥ ، أما القانون اللبنانى فلم يوجب تحديد مدة الوعد الا بالنسبة للوعد ببيع العقار (م ٢٢٠ من قانون الملكية العقارية) والا كان الوعد باطلا أما فى غير هذه الحالة فينعقد العقد ولو لم تحدد له مدة ولكن يجب على الموعود له اظهار رغبته فى ابرام العقد الموعود به قبل سقوط حقه فى ذلك بالتقادم بمضى عشر سنوات من تاريخ الوعد ، انظر د. البدراوى ــ النظرية العامة للالتزامات ص ٢٥٤ ، رقم ١٧٧ ، د. توفيق حسن فرج ــ النظرية العامة للموجبات ص ١٠٤

على مدة وكان ملزما لجانب واحـد وقع باطلا ولا ينعقد الوعـد ، ولا يترتب عليـه أثر ما بين الطـرفين ، أما اذا كان الوعـد ملزما للجانبين فانه لا يعتبر وعدا بل عقدا نهائيا يتقيد به الطرفان وتترتب عليه جميع آثاره من وقت الاتفاق لأن ارادة كل منهما تكون قد اتجهت حينئذ الى الارتباط بالعقد من هذا الوقت . اذا قبل الطرف الآخر[1] .

ويذهب الدكتور السنهورى — ونحن معه — الى عـدم التفرقة بين الوعد الملزم لجانب واحـد والملزم للجانبين فى حالة عـدم تعيين المدة التى يجب فى خلالها ابرام العقد الموعود به ومن ثم عـدم انعقاد الوعد[2] ، وهذا مما يستفاد من عبارته .

٣ — واذا كان القانون يتطلب شكلية معينة لقيام العقد الموعود به وجب أن تتوافر هـذه الشكلية أيضا فى الوعد بهذا العقد وذلك كالهبة والرهن الرسمى والشركة .

وفى هـذا الخصوص تنص المـادة (١٠٢/٢) مدنى مصرى على ما يأتى : « اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهـذا الشكل تجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هـذا العقـد » .

ويذهب الدكتور السنهورى الى أن تخلف الشكل الذى يتطلبـه القانون فى العقد الموعود به فى الوعد يترتب عليـه بطـلان الوعـد بالتعاقد[3] .

ويذهب فريق آخر من الفقهاء الى أنه اذا لم يسـتوف الوعـد الشـكلية المطلوبة قانونا فانه لا يكون وعـدا مؤديا الى الغرض المقصود منه ومن ثم لا يمكن الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقـام

---

(١) د. سليمان مرقس — نظرية العقد فقرة ١١٦

(٢) د. السنهورى — المرجع السابق ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٣) د. السنهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ص ٢٧٠ .

العقد الموعود به ولكنه مع ذلك يكون عقــدا غير مسمى يرتب التزامات شــخصية على عــاتق الواعــد ما لم يكن هنــاك نص يقضى بغير ذلك[1] ، كما اذا كان هنــاك نص خاص يقضى ببطلان الوعــد اذ فى هذه الحالة لا يترتب على الوعد أى أثر ، مثل ما نصت عليه المــادة (٤٩٠) مدنى مصرى من أن : « الوعد بالهبة لا ينعقــد الا اذا كانت بورقة رسمية » •

وهذا النص لم يرد ما يماثله بالنسبة الى عقــد شكلى آخر غير الهبة ولعل هــذا يشــير الى مسلك القانون وغرضه من الشــكلية ، فالشكلية فى الهبة الغرض منها حماية المتعاقد من التسرع وتنبيه الى خطورة تصرفه على حين أن الشكلية فى العقود الأخرى مطلوبة لتوفير دليل مؤكد ولحماية الغير من الغش وهذا لا يقتضى أن يجرد الوعــد الرضائى بهذه العقود من كل أثر قانونى فيما بين المتعاقدين[2] •

٤ ــ شروط الصحة والانعقاد فى العقد الموعود به تراعى فى الوعد بالتعاقد (عقد الوعد ذاته) لمــا كان الوعــد بالتعاقــد خطوة نحــو التعاقد النهائى بمجرد ظهور رغبــة الموعود له فى الوعد الملزم لجانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد فى الاتفاق الملزم للجانبين ، فان شروط العقد النهائى من حيث الانعقاد والصــحة قد تكون مطلوبة فى عقــد الوعد ذاته •

ويترتب على ذلك أن الوعد اذا كان ملزما للجانبين فان الأهليــة المطلوبة لابرام العقد النهائى فى كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضــا

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ــ مصادر الالتزام ص ١٥٥ ، د. سليمان مرقس ــ نظرية العقد ــ فقرة ١١٣ ، أنور سلطان ــ النظرية العامة فى الالتزام فقرة ١٠٠ ، د. حشمت أبو ستيت ــ نظرية الالتزام فقرة ٥١ ط ٢ ، د. عبد الحى حجازى ــ النظرية العامة للالتزام جـ ٢ ص ١٢٧

(٢) انظر فى تفصيل هذه التفرقة : د. محمود أبو عافية ــ التصرف القانونى المجرد ، رسالة ، القاهرة سنة ١٩٤٦ فقرة ١٦

فى الاتفاق الابتدائى ، أما اذا كان الوعـد ملزما لجانب واحـد فتقدر الاهلية بالنسبة الى الواعد وقت الوعد فيجب أن يكون أهلا للتعاقد النهـائى فى هـذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائى بأن حجر عليه مثلا بشرط عـدم حصول تعديل فى التزام الواعد بما وعد به وقت الوعد ، وعيوب الارادة بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد أيضا ، اذ أن التعاقد النهائى يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، أما أهليـة الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائى لأنه لا يلتزم بشىء وقت الوعد ويجب أن تتوافر فيه أهليـة التعـاقد ــ أى التمييز وقت الوعد ــ لأن الوعد عقد كامل ، أما عيوب الارادة بالنسبة للموعود له فتقدر بالنسبة له وقت الوعد ووقت التعاقد النهائى معا لقيامهما على الرضا ومن ثم يجب أن يكون رضاه صحيحا فيهما .

٥ ــ أما مشروعية المحل والسبب سـواء أكان العقد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين يكفى توافرهما وقت التعاقد النهائى[١] .

رابعا ــ الآثار التى تترتب على الوعد بالتعاقد :

١ ــ اذا انعقد الوعد صحيحا يلزم الواعد بأن يبرم العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته فى ذلك خلال المدة المتفق عليها وألا يقوم بأى عمل من شـأنه أن يحول دون ابرام العقد النهائى ، لكن لا يترتب عليـه أى أثر من آثار العقد الموعود به ، فاذا كان العقـد الموعـود به بيعـا :

(أ) يظل الواعد مالكا للشىء المعين بالذات المراد بيعه ومن ثم اذا تصرف فيـه قبل تمام العقـد النهائى سرى هذا التصرف فى حـق الموعود له ، ولا يخل هـذا بحق الموعود له الذى أظهر رغبته فى الشراء فى التعويض من الواعد الذى أخل بوعده .

(ب) اذا هلك الشىء المعين بالذات المراد بيعه قضاءا وقدرا وقعت

---

(١) د. السنهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ص ٢٧٢ ، ٢٧٣

تبعة هلاكه على الواعد لملكيته له ولا يسئل عن التعويض فى هـذه الحالة .

٢ ــ قبل ظهور رغبـة الموعود له فى الوعد الملزم لجانب واحـد أو حلول الميعاد فى الوعد الملزم للجانبين لا يكسب الوعد الا حقوقـا شخصية ، ولا يرتب فى الحال ثمة التزامات ، حتى ولو كان التعاقـد النهائى من شـأنه أن ينقل حقا عينيا كما فى البيع ، وعلى ذلك يستطيع الموعود له أن يتصرف فى حقه الذى كسبه من الوعد قبل الواعد فينقله الى شخص آخر ، واذا مات الموعود له انتقل هذا الحق الى ورثته[١] .

وانعقاد العقد بناء على اظهار رغبة الموعود له انما يتحدد بوقت اظهار هذه الرغبة وعلم الواعـد بها لا من وقت الوعـد ، ويجب على الواعد بذلك تنفيذ التعاقد النهائى ويتم بنفس شروط التعـاقد الأول ما لم يتفق على غير ذلك[٢] .

٣ ــ تنص المـادة (١٠٢) مدنى مصرى على أنه :

« اذا وعـد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخـر طالبـا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصـة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقـام العقد»[٣] .

ومؤدى ذلك أنه اذا نازع الواعد فى صحة العقد النهائى أو امتنع عن تنفيذه كان للموعود له أن يستصدر حكما يقوم مقام العقد .

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ــ مرجع سابق ص ١٥٨ ، د. السنهورى مرجع سابق ص ٢٧٣

(٢) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ٨٣ وما بعدها ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٤١ .

(٣) يقابل هذا النص المادة (١٠٢) ليبى ، ومادة (١٠١) سورى ، ومادة (٨٧) سودانى .

فاذا كان العقد الموعود به بيعا لعقار فانه بتسجيل هـذا الحكم تنتقل ملكية العقار الى الموعود له ويستثنى من هـذه القاعدة العقـد الشكلى اذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب فلا يقـوم الحكم به مقام العقد بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض ، أما اذا كان محل العقد الموعود به شـيئا معينا بالذات وأخل الواعد بوعده ، كأن تصرف فى الشىء فلا يبقى أمام الموعود له فى هـذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس المسئولية العقدية[1] .

٤ ــ عقد الوعد سـواء أكان غير تبادلى[2] أى لا تترتب عليه التزامات الا فى جانب واحد هو الواعد ، أو تبادليا أى متبـادلا بأن يكون كل من طرفيـه واعـدا وموعـودا له فى الوقت ذاته ، يترتب عليـه ــ عقد الوعـد ــ أنه اذا لم يظهر الموعود له رغبته فى التعاقد النهائى أو مضت المدة المحددة لاظهار الرغبة وابرام العقـد النهائى فان الوعد بالتعاقد يسقط من تلقاء نفسه بلا تنبيه أو اعذار ، ويعتبر كأن لم يكن[3] .

وعلى هذا النحو فان لزوم الوعدبالتعاقد ــ أو بعبارة أدق لزوم عقد الوعد ــ لا يظهر أثره أو القوة الملزمة لهذا اللزوم الا فى حالة واحدة وهى : اذا كان العقد الموعود به بيع عقار اذ يقـوم الحكم الصـادر باجبار الواعد على تنفيذ الموعود به مقام العقد فى هذه الحالة .

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ١٥٥ ، د. محمـد لبيب شنب ــ مرجع سابق ص ١٤٠

(٢) وقد نص على ذلك صراحـة قانون الموجبـات اللبنـانى فى (م ٢/٤٩٣) اذ تنص على أنه « من طبيعة هذا العقد انه غير متبادل » ويذهب بعض الشراح الى أن القانون عبر عن الحالة الغالبة فى الوعـد ولا ينبغى امكان قيام وعد متبادل ، أنظر توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ١٠٢ ف ١

(٣) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٤/٥/٦ ، مجموعة المكتب الفنى السـنة ٥ ص ٨٣٤ ، د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ١٣٦

أما ما عدا ذلك من آثار لعقد الوعد ، فلا تحتـاج الى القول باللزم فى نظرنا اذ لا اجبار قضاء على الواعد بتنفيـذ الموعـود به ، وما يرتبه النكول عن تنفيذ الموعود به من الحق فى التعويض للضرر الذى حاق بالموعود له من جراء ذلك النكول فتكفله القواعد العـامة فى تعويض الضرر أما ما قد يتصور من أنه اذا لم يكن الوعد ملزما فان الواعد يكون فى مأمن من ثمة تبعة أو مسئولية اذ استعمل ارادته الحرة فى عـدم تنفيذ ما وعـد به فانه مردود بأن أسـاس المسـئولية هنا هو الضرر ، فلو لم يحصل ضرر حتى ولو كان الوعـد ملزما فسـوف لا يتحمل الواعد الذى نكل بوعده أية تعويضـات .

* * *

● **موازنة بين الوعد فى الفقه الاسلامى وفقه القانون الوضعى :**

على ضوء ما خلصنا اليه تعقيبا على فقه القـانون الوضـعى فى مسـألة الوعد بالتعاقد يبدو لنا أهمية ما ذهب اليه جمهور الفقهاء فى الفقه الاسلامى فيما يأتى :

١ ــ أن الغالب فى الوعد أنه من طرف لصالح طرف آخـر وهو ما دل عليه تعريف الفقهاء للوعد بأنه اخبار الشخص عن انشـاء معروف فى المستقبل أو هو ما يفرضه الشخص على نفسـه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال .

وان كان ذلك لا يمنع حصـول الوعد من طرفين بأن يعـد كل منهما الآخر وهذا ما جعلنا نطلق عليه لفظ « العقد بالمعنى العام » بقصد ابرام عقد آخر فى المستقبل ، وهو ما يسميه فقهاء القانون « الوعـد بالتعاقد بناء على عقد الوعـد » .

٢ ــ أنه اذا كان لا خلاف بين الفقهاء فى الفقه الاسـلامى على أن الوفاء بالوعد مستحب فان هـذا أثر من آثار الصـبغة الدينيـة للمعاملات بين الناس فى الفقه الاسلامى .

٣ ــ أن الناظر فى أقوال فقهاء المذاهب الفقهية فى الوعد يلمح أن نطاقه أكثر اتساعا وأوسع شمولا منه فى فقه القانون الوضعى ، فقد يقع الوعد على عقد أو على عمل ، والأخير قد يكون نذر تقرب مبتدأ كقوله : « لله على صوم وصلاة وصدقة » فهذا يلزمه الوفاء به اجماعا ، وهذا القسم من الوعد لا تعرفه القوانين الوضعية ، وقد يكون نذر مباح وهو ما علق بشرط رغبة ، كقوله : « ان قدم غائبى فعلى صدقة »، أو علق بشرط وهبه ، كقوله : « ان كفانى الله شر كذا فعلى صدقة » ، وقد اختلف العلماء فى لزوم النذر المباح بنوعيه (الرغبة والرهبة) .

وقد يكون الوعد منوطا بسبب أو وعدا مجردا ، والأول لازم اجماعا كما حكاه ابن العربى فى أحكام القرآن ، أما الثانى ففى لزومه وعدم لزومه اختلاف العلماء .

٤ ــ أن اتساع دائرة الوعد فى الفقه الاسلامى يجعل لزوم الوفاء به قضاء أكثر قوة وفاعلية منه فى القانون الوضعى اذ يتصور تدخل القضاء بالزام الشخص ما أوجبه على نفسه من التصرفات القولية (العقود) ، والفعلية (التزام بعمل) .

* * *

الفصل الأول

تكوين العقد

المبحث الأول

أركان العقد وشروطه(1)

● **تمهيد :**

معنى الركن : الركن فى اللغة يعنى جانب الشىء الأقوى .

معنى الركن فى اصطلاح الأصوليين : هو ما يكون به قوام الشىء ووجوده بحيث يعد جزءا داخلا فى ماهيته .

أما الشرط فى اللغة : فهو العلامة الدالة المميزة ، ومنه قيل : أشراط الساعة . ومنه أطلق « الشرط » لغة على ما يشترطه الانسان فى عقوده والتزاماته على نفسه أو غيره .

---

(1) يذهب البعض الى ذكر أركان العقد ضمن مقومات العقد فى الوقت الذى يذكر فيه أن مقومات العقد هى : العاقدان ، ومحل العقد ، وموضوع العقد ، ويضيف اليها : أركان العقد . ثم يعود فيذكر العاقدان، ومحل العقد ضمن أركان العقد ، ويعبر عن موضوع العقد بأن المراد به غاية العقد النوعية ، اى القصد الأصلى الذى شرع العقد لأجله ، فالموضوع فى كل عقد بيع انما هو نقل ملكية المبيع الى المشترى بعوض ، وفى كل هبة انما هو تمليك العين الموهوبة مجانا بلا عوض ، وفى عقد الاجارة ، انما هو تمليك منافع المأجور بعوض وهكذا . هذا فى الوقت الذى يعتبر فيه ذلك ليس الا أثر العقد الداخل فى ماهيته على نحو ما سبق تعريف العقد به من أنه : « .... ارتباط الايجاب بالقبول ... على نحو يثبت أثره فى المعقود عليه ... » .

وتأسيسا على ذلك ، فاذا كان العاقدان ومحل العقد يدخلان ضمن أركان العقد طبقا لرأى الجمهور . وكان موضوع العقد يدخل ضمن آثار العقد فسنتحدث مباشرة عن أركان العقد وعن آثاره دون حاجة الى استعمال اصطلاح « مقومات العقد » منعا من التداخل بين المصطلحات ومضمونها بدون فائدة عملية .

وفى اصطلاح الفقهاء والأصوليين : هو ما استلزم من عدمه العدم ولا يستلزم من وجوده وجود الشروط ، ولا يدخل فى ماهيــة الشيء وانما هو خارج عن المــاهية .

والشروط بصفة عامة انما هى مكمــلات للأمور المشروطة لها فى نظر الشارع كتكميل الصفة للموصوف ، بحيث ان عدمها يخل بالمقاصد الشرعية من الأحكام[1] .

ويختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء فى الأثر المترتب على تخلف الركن أو الشرط فى المعاملات :

فيرى الحنفية : أن ما فقد ركنه يكون باطلا ولا يفيــد شــيئا ، أما ما فقد شرطه فيكون فاسدا ولا يفيد الملك الا بالقبض ، وان كان ملكا خبيثا لأنه مترتب على عقد يجب فسخه رفعا للفساد .

ويرى الجمهور : أن أثر ما فقد ركنه أو شرطــه ســواء وهــو البطلان لأنها تكون معاملة فقدت ما لا يمكن وجــودها بدونه ســواء أكان جزءا منها أو خارجا عنها . وقد ترتب على هذا الخلاف اختلافهم فى أركان العقد .

فاعتبرها الحنفية ، الايجــاب والقبول (الصــيغة) فقط ، أما العاقدان والمعقود عليــه فهى شروط فى الصيغة لا أركان فى العقد ، واعتبرها جمهور الفقهاء ثلاثة ــ هى :

١ ــ العاقدان .
٢ ــ الصــيغة .
٣ ــ المعقود عليــه[2] .

---

(١) الموافقات للشاطبى جـ ١ ص ٢٦٢ ــ ٢٦٤

(٢) راجع الخرشى جـ ٣ ص ٣٥٩ ، نهاية المحتاج على شرح ا . جـ ٣ ص ٢ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٢ . المجموع للنووى جـ ٩ ص ١٤٩ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢ ، أيضا فتح العزيز شرح الوجيز جـ ٨ ص ٩٨ ، حاشية الرملى على شرح روض الطالب جـ ٢ ص ٢ ، الحطاب فى مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٢٢٨ ، وفى رأى الحنفية ، انظر أيضا فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤

ومما تجدر الاشارة اليـه أن هذا الخـلاف لا يثور اذا ما أريد بالعقد ما يوجد بارادة واحدة ، اذ يكون الركن فيه عندئذ هو العبارة الصادرة ممن يملك انشاء العقد .

ولما كان مذهب الجمهور فى بيان أركان العقد هو المشـهور وأقرب الى تحقيق النزعة الموضوعية فى العقود ، فاننا سنتناول بالبحث أركانه على نحو ما ذهب اليه الجمهور وان كانت بعض الأقضـية فى المعاملات تظهر فائدة مذهب الحنفية كما أن مذهبهم يوسع من دائرة العقود فى المعاملات .

وعلى ذلك تكون أركان العقد ثلاثة هى :

١ ـ الصيغة وما يتعلق بها .

٢ ـ العاقدان وما يتعلق بهما .

٣ ـ المعقود عليه وما يتعلق به .

* * *

● **أركان العقد فى القانون الوضعى :**

لما كان العقد يقوم على الارادة فانها تكون ركن العقد ، ومن هنا كان تعريف العقد بأنه : توافق ارادتين (التراضى) ، ويجب أن تتجه هذه الارادة الى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب .

وقد تفرقت كلمة الفقهاء حول ماهية المحل والسبب ، فمنهم من يعتبرهما ركنين فى الالتزام[1] المتولد من العقد والناشىء عنـه ، أما محل الالتزام غير التعاقدى فالقانون هو الذى يتولى تحديده وتعيينه ومن ثم فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط ، ومنهم من

---

(١) د. حشمت ابو ستيت ـ المرجـع السـابق فقرة ٧٢ ، أنور سلطان فقرة ٣٧ المرجع السابق .

يعتبر المحل ركنا فى الالتزام والسبب ركنـا فى العقـد[1] ، ومنهم من يعتبرهما من عناصر الارادة[2] .

ونعتقد أن هذا الاختلاف يرجع الى المسلك القانونى فى النظريات التى يقوم عليها ، فهناك نظرية الالتزام ونظرية التصرف ونظرية العقد ، وهذه النظريات يؤثر بعضها فى بعض بل يقوم بعضها على بعض ، ولكننا نعتقد أن اشتراكها فى موضوع معين لا يجب أن يؤدى الى الخلط بينها أو دمج لبعضها فى بعض ، فاذا كان المطلوب تبيان أركان العقد ، أى عقده العقد ومن ثم تحرك ارادتين متوافقتين متطابقتين نحو احداث أثر قانونى معين فيجب أن ينحصر البحث فى الأركان التى تقوم عليها هذه العملية فى مراحلها الأسـاسية ، وعلى هذا النحو نرجح الاتجاه القائم على أن أركان عقده العقـد هى التراضى ومحله وسببه .

ويضيف اليها فقهاء القانون ركن الشكلية فى العقود الشكليـة وكذلك التسليم فى العقود العينية وما يترتب على مخالفة هذه الأركان من جزاء وهو البطلان .

وسوف نتحدث عن كل ركن من هذه الأركان بعد الحديث عنـه فى الفقه الاسلامى بقصد الموازنة والترجيح ان شاء الله .

* * *

---

(1) د. السنهورى — الوسيط — مصادر الالتزام — فقرة ٦٨ ، سليمان مرقس — المرجع السابق فقرة ١٣٢ ، ١٥٧ اذ يعتبر المحل ركنا فى الالتزام والسبب ركنا فى ارادة الالتزام .

(2) د. عبد الحى حجازى جـ ١ ص ٩٦ ، ٩٧ ، ١٢٦ وما بعدها ، الدكتور عبد المنعم الصدة المرجع السابق فقرة ٦١ ولم تذهب غالبيـة الشراح الى اعتبار المحل والسبب ركنان فى العقد كما ذكر الدكتور أحمد البرعى — المرجع السابق ص ٥١ ، بهجت بدوى — أصـول الالتزامات فقرة ٤٤ ، ٤٧

المطـــلب الأول

صيغـــة العقـــد
(التعبير عن الرضا وطرقه)

الفـــرع الأول : فى الفقه الاســـلامى

اهتم الفقهاء اهتماما شديدا بصيغة العقد وأولوها عنـاية كبيرة • ولمـا كان الأصل فى العقود الرضا ، الا أنه أمر باطنى ، ومن ثم جعل الايجاب والقبول دليلا عليه •

ومن الايجاب والقبول تتكون صيغة العقد •

ويراد بالصيغة ما يتحقق به العقد ويوجد بما يدل على ذلك من لفظ أو اشـارة أو كتابة أو فعل أو غيرها من وسائل التعبير اللفظيـة وغير اللفظية ، مما سنتناوله بالتفصيل فيما يلى :

أولا ـ الايجـــاب والقبـــول

الايجاب لغـة : الاثبات •

والقبول لغة : مصدر من قبلت العقد أقبله •

أما معنى الايجاب والقبول فى اصطلاح الفقهاء : فقد اختلفوا فيه على مذهبين هما :

(أ) مذهب الحنفيـة :

يرون أن الايجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين ، والقبـول هو ما صدر ثانيا من المتعاقد الثانى لأنه يقـع قبـولا ورضـا بمـا أثبته الأول[1] •

---

(1) يراجع : فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ ، و جـ ٢ ص ٣٤

وعلى ذلك فالعبرة فى تميز الايجاب عن القبول هو الصدور أولا وعـدمه .

(ب) مذهب الجمهـور :

أما غير الحنفية فيرون أن الايجاب هو ما صدر ممن يكون منـه التمليك سواء صدر أولا أو صدر ثانيا ، أما القبول فهو ما صدر ممن يصـير اليه الملك دالا على رضـاه بما أوجبه الطرف الآخر وان صدر أولا .

وبعبارة أخرى ، فان الايجاب هو ما صدر من المملك سواء صـدر أولا كأن يقول البائع : بعتك هذا الشىء بكذا ، أو صدر ثانيا كأن يبتدىء المشترى فيقول : اشتريت هذا الشىء بكذا ، فيقول البائع : بعته لك أو قبلت .

والقبول : هو ما صدر من المتملك[1] .

ويرى كثير من الفقهاء ترجيح رأى الحنفية لدقته ، وسهولته فى التمييز بين الايجاب والقبول ، وأن هذا التيسر أولى بالاتباع فى معاملات النـاس[2] .

* * *

● التراضى فى القـانون وفقهـه :

اذا كان مبنى الايجاب والقبول فى الفقه الاسلامى هو التراضى فقد استعمل فقهاء القانون التراضى وعبروا به عما يقوم عليه العقد من

---

(1) راجع : كشاف القناع جـ ٢ ص ٣ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣ ، المجموع للنووى جـ ٩ ص ١٦٥ ، الخرشى جـ ١٣ ص ٣٦٢، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٢ ، المغنى والشرح الكبير لابن قدامة جـ ٤ ص ٣

(2) د. محمد شوكت ـ نظرية العقد ـ رسالة ص ٩ ، ونظرية العقد ـ محمد شعبان حسين ص ١٦ ، وبدران أبو العينين ـ الشريعة الاسلامية ص ٣٦٩ ، ٣٧٠ .

ارادتين متوافقتين متطابقتين وفى هذا الصدد تنص المـادة (٨٩) مدنى مصرى [1] على ما يأتى :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد ».

ولما كانت الارادة أمرا نفسيا داخليا فقد استخدم القانون وفقهه مصطلح « التعبير عن الارادة » للدلالة على الايجاب والقبول وهو ما أطلق عليه فى الفقه الاسلامى « صيغة العقد » فكان أكثر موضـوعية ودلالة على الاهتمام بالمظهر الخارجى للتراضى فى شكل العبارة أو الصيغة التى تمثلت فيها ارادة الطرفين .

ولعل الاختلاف فى موقف فقه القانون عن الفقه الاسلامى يرجع الى أن القانون المدنى المصرى [2] يجعل الارادة الباطنة هى الأصل ولا يأخذ بالارادة الظاهرة الا حيث يقتضى استقرار التعامل ذلك .

* * *

ثانيا — شروط الايجاب والقبول

سبق أن قلنا فى تعريف العقد أن ارتباط الايجاب بالقبول يترتب عليه وجود العقد ، ولكن لكى يتم ذلك لا بـد من تحقق شروط فى الايجاب والقبول وبدونها لا تترتب عليه آثاره .

وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه وبعضها اختلف فى اشتراطه العلماء ، وذلك على التفصيل التالى :

---

(١) يقابل هذا النص مادة ٩٢ سورى ومادة ٨٩ ليبى ومادة ٧٣ عراقى ومادة ١٦٥ ، ١٧٨ لبنـانى .

(٢) وقد سـار على نهجه القانون المدنى السورى والقانون اللبنانى ؛ وان كان القانون المصرى يأخذ بقدر من الارادة الظاهرة يزيد بكثير عما أخذ بـه القانون اللبنانى .

الشرط الأول ـ أن يكون الايجاب والقبول بلفظ الخبر (صيغة الماضى):

صيغة المـاضى تتمخض للدلالة على انشاء العقد لأنهـا وضعت للاخبـار عن المـاضى واستعملت فى الجزم وتحقق الوجود عند أكثر الفقهاء • فلا يصلح الانشاء لايجاد العقد وتكوينه ، وذلك كلفظ الأمر والاستفهام والتمنى والترجى •

(أ) صـيغة الأمر :

فلو قال شخص لآخر : بعنى هذا الشىء بكذا ، فقال : بعتك • لا ينعقد ما لم يصدر من الطرف الأول ما يدل على القبول : كاشتريت أو قبلت ونحو ذلك ، وعلى هذا أكثر فقهاء الحنفية وعللوا ذلك بما يلى :

ان العقد انشاء تصرف يفيد حكما يثبت جبرا ، والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع اذ استعمل الألفـاظ الموضوعة للاخبـار فلا ينعقد العقد الا بها •

وعلى ذلك فلا يصح الايجاب بلفظ الأمر حتى ولو نوى ، اذ النية لا تعمل الا فيما يحتمله اللفظ ، وهو لا يحتمل الاخبار بحال ، فلا يعدو الأمر أن يكون مسـاومة وهى لا تدل على الرضا المشروط تحققه فى أكثر العقود •

الا أن الحنفية قد أجازوا البيع بلفظ « خذ » مع أنه أمر ، لأن الأمر بالأخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالمـاضى ، الا أن استدعاء المـاضى سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء « خذه » سـبق البيع بطريق الاقتضاء[1] •

ويستثنى الحنفية بعض العقود من عدم صلاحية صيغة الأمر أو لفظ الأمر فى تكوين العقود فيجيزون انشائها بلفظ الأمر وهى :

● **النكاح :**

وعللوا ذلك بأمرين همـا :

الأول : ان صيغة الأمر توكيل ، فاذا قال : زوجنى ، وقال الآخر :

---

(1) يراجع : د. محمد شوكت ـ المرجع السـابق ص ١٠ ، انظر المـادة ١٧٢ من مجلة الأحكام العدلية « لا ينعقد البيع بصيغة الأمر : كبع واشـتر » •

زوجتك . تم العقد لأن قول الخاطب « زوجنى » توكيل منه للولى فى تزويجه ، وعبارة الولى : « زوجتك » تتضمن : عبارة الخاطب الموكل ، وعبارة الولى من حيث كونه وليا ، ومن الممكن أن يتولى الواحد طرفى العقد فى النكاح خلافا لغيره من العقود ويتضح لنا أن العقد فى هذه الحالة لا ينعقد بلفظ الأمر ، وانما كان بطريق التوكيل فلم يكن مستثنى من القاعدة .

الثانى : أن هناك قرينة تدل على ارادة انعقاد العقد فى الحال ، وانتفاء معنى المساومة لأن مجلس العقد يسبقه عادة اتفاق على كل ما يتصل به ويدل على ذلك قول الكمال :

« واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نيـة الحال ، فاذا ما تصادقا على نية البيع فى الحال حيث يعقد به القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال »[1] .

- الهبـة .
- الخـلع .
- العتق على مال .
- الابراء من الدين .
- الكفـالة[2] .

أما جمهور الفقهاء : فقد جوزوا انعقاد العقد بلفظ الأمر ايجابا وقبولا مثل : اشتر منى هذا الشىء بكذا ، أو بعنيه بكذا [3] ، فقال : قبلت . تم العقد ، ورأى الجمهور فى نظرنا يحقق الصالح ويجلب التيسير ويدفع الحرج فى معاملات الناس وعقودهم اذ المعول عليه عرف الناس وعاداتهم ما دام ذلك لم يصادم نصـا شرعيا ، أو قاعـدة من قواعد التشريع ، وليس هناك دليل على منع الفقهاء العقد بلفظ الأمر[4] .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٧٦

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٦

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ، كشاف القناع ج ٢ ص ٣ ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٦ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ١٦٨

(٤) من هذا الرأى : د. محمد شوكت ــ نظرية العقد ص ١١ ، د. محمد شعبان حسين ، نظرية العقد ص ١٩

(ب) صيغة المضـــارع :

مثل : أبيعك هذا الشيء بكذا ، وصيغة المضارع تحتمل الحـال والاستقبال ، وقد وقع فيها خلاف الفقهاء على النحو التالى :

الحنفيـــة : يقول الكمال فى كتاب البيع : « واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال ، أما اذا تصادقا على نية البيع فى الحال فينعقد به فى القضاء لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنيـــة »[1] .

ويقول صاحب البدائع : « وأما صيغة الحال هى أن يقول البائع للمشترى : أبيع منك هذا الشىء بكذا ونوى الايجاب فقال المشترى : اشتريت ، أو قال المشترى : أشترى منك هذا الشىء بكذا ، ونوى الايجاب أو قال البائع : أبيعه لك بكذا ، وقال المشترى : أشتريه ، ونويا الايجاب يتم الركن وينعقد ، وانما اعتبرنا النية هنا وان كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال اما حقيقة أو مجازا ، فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية »[2] .

من ذلك نخلص الى أن صيغة المضارع تحتمل الحال والاستقبال بل ان استعمالها غلب للاستقبال اما حقيقة أو مجازا ، ومن ثم لا يؤخذ بهذه الصيغة فى انعقاد العقد الا اذا نوى العاقدان انشاء العقــد فى الحال ، ومعنى الرجوع الى النية أى الارادة الباطنة دون الظاهرة [3] .

المــالكية : يصح عندهم انعقاد العقد بلفظ المضارع ولكن العقد لا يكون لازما فلو رجع بعد قبول الآخر وقال : لم أرد البيع ، فان حلف لا يلزم العقد والا لزم .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٥

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٣٣ ، ١٣٤

(٣) انظر السنهورى ــ مصادر الحق جـ ١ ص ٩١

كما يلزم العقد اذا وجدت قرينة دالة على أنه كان يريد البيع كما اذا حصل تردد الكلام مثل أن يقول المشترى : بعنى سلعتك بعشرة مثلا فيقول البائع : لا • فيقول له : بأحد عشر • فيقول : لا • ثم يقــول البائع : أبيعها باثنى عشر • فيقول المشترى : قبلت • فيلزم البيع ولا رجوع للبائع بعد ذلك وان حلف[1] •

الشـــافعية : يرون أن انعقاد العقد بلفظ المضارع من باب الكفاية فلا بد للانعقاد به من قرينة دالة على ارادة العقد[2] •

الحنــابلة : لم يجوزوا انعقاد العقد بلفظ المضارع لأن العبــارة حينئذ من قبيل الوعد بأخذ المبيع[3] •

ونخلص مما تقدم من آراء الفقهاء فى صيغة المضارع وجواز انعقاد العقد بها الى أن جمهور الفقهاء يرون انعقاد العقد بلفظ المضــارع اذا ما كانت النية أو القرائن[4] دالة على ارادة انشــاء العقد فى الحــال واستبعاد ارادة الوعد بأخذ البيع •

لأن الصيغة فى هذه الأحوال تعبر عن ارادة العاقد فى انشاء العقد ورضاه به والأخير مناط صحة العقد •

(ج) صيغة الاستفهام والاستقبال :

وهى صيغة تمخضت للاستقبال فلا ينعقد بها العقد •

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤

(٢) نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٦

(٣) يراجع كشاف القناع ج ٢ ص ١٠٣

(٤) فلا يكتفى بثبوت النية واتجاه الارادة الباطنة على ارادة انعقاد العقد كما يعول على ذلك صاحب مصادر الحق فى الفقــه الاســلامى ، (السنهورى ج ١ ص ٨٨) — وانما بكل ما يدل على ارادة انعقاد العقد من قرائن خارجية دالة على ذلك .

ويقول صاحب البدائع : «ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق»[1].

وأما صيغة الاستقبال وهى المقرونة بالسينوسوف ، ومن ثم تمخضت للاستقبال فلا ينعقد بها العقد .

جاء فى الفتاوى الهندية : « وأما ما تمخض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف .. فلا ينعقد به »[2] .

* * *

● **خلاصـــة وتعقيب :**

أولا : أن الفقهاء المسلمين يؤثرون صيغة المـاضى لانعقاد لعقـد على العموم ، لدلالتها على الوجود والتحقق ، وباعتبارها المظهر الواضح للتعبير عن الارادة فى مرحلتها النهـائية ، وصيغة المـاضى وان كانت للماضى وضعا ، ولكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة والشرع، فينعقد بها العقد دون بحث فى النية[3] .

وفى غير صيغة المـاضى يجب الرجوع الى الظروف والملابسات والبحث فى النية للوقوف على ارادة انشاء العقد ، فان دلت الصيغة على ارادة انشاء العقد ، وكانت واضحة الدلالة على المراد دلالة بينة غير محتملة لمعنى آخر فالمناط وضوح الدلالة وعدم الاحتمال فى صلاحية العبارة لأن تكون ايجابا أو قبولا ، ولا يغفل عرف الناس وعاداتهم فى هذا الصدد ، وفى ذلك يقول الشيخ على الخفيف :

« والأساس فى صحة الصيغة أن تكون دالة فى عرف العـاقدين

---

(١) جـ ٥ ص ١٣٣ وما بعدها .　　(٢) جـ ٣ ص ٤

(٣) حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٥١٠ وما بعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٩

أو العاقد على ارادة انشاء العقد ... ، ولذا قال مالك : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا »[1] .

ويرى ابن تيمية : « جواز انعقاد العقد بكل لفظ تعود النـاس انعقاد العقد به »[2] .

ثانيا : أن اللفظية غير الشكلية[3] فاذا كان الفقهاء المسلمون ، يؤثرون اللفظ فانه لا يشترط لفظ « البيع » مثلا بل يجوز أى لفظ يؤدى الى معنى المبـادلة ما دامت صيغته تتمخض للحـال اذ العبرة للمعنى لا للصورة .

وفى ذلك يقول الكاسانى[4] :

« اذا قال البائع : أعطيتك هذا الشيء بكـذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا . وقال المشـترى : قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك ، فانه يتم الركن لأن كل واحـد من هذه الألفاظ يؤدى معنى البيع وهى المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة »[5] .

ويقول ابن القيم :

« أما العقود والمعاملات فانما يتبع مقاصدهما والمراد منهما بأى لفظ كان اذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا تتعداها » ،

---

(١) مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، للشيخ على الخفيف ص ٨٠

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٣١

(٣) انظر مصادر الحق للسنهورى جـ ١ ص ٨٨

(٤) البدائع جـ ٥ ص ١٣٣ وما بعدها .

(٥) فقد ذهب البعض الى رمى الفقه الاسلامى بالتمسك باللفظية على انها أثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس فى العصـور الأولى حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحرى للكلمات المتلفظ بها ، (د . شفيق شحاتة . النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ص ١٣١) ، انظر فى نقد رأى د . شفيق شحاته : د . السـيد نشـأت الدرينى ـ التراضى فى عقود المبـادلات المـالية ـ رسـالة ص ١٩٢ وما بعدها .

وعلى ذلك يكون من الخطأ الحكم بأن الفقهاء المسلمين قيدوا الناس بألفاظ وصيغ خاصة[1] .

ثالثا : أن اهتمام الفقهاء المسلمين بالصيغة لم يكن لذاتها أو لمجرد عباراتها وألفاظها وانما لكونها وعاء الارادة ، فالارادة تستخلص من الصيغة ، والأخيرة قرينة ودليل عليها ولكنها قرينة لا تقبل اثبات العكس[2] .

وعلى ذلك فصيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث فى النية وصيغة الاستقبال المقرونة بالسين وسوف لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك ، والصيغة التى تحتمل الحال والاستقبال ينعقد بها العقد أو لا ينعقد تبعا لثبوت النية وقرائن الأحوال والظروف والملابسات من عدمه .

* * *

التعبير بغير اللفظ

ويشمل : الكتابة ، والرسالة ، والاشارة ، والتعاطى ، والدلالة (أى موقف آخر يدل على الرضا) .

سبق أن قلنا : ان الرضا والقصد أساس العقود ، وليست الألفاظ الا ترجمة وتعبيرا عن ذلك .

ولما كان ظهور الارادتين ودلالتهما دلالة واضحة على العقد فان ذلك يتم بالصيغة اللفظية المعبرة ، ومن هنا كانت العبارة اللفظية هى الأصل وأن تكون بلفظ الماضى لكونه أدل الألفاظ على الوجود على التفصيل السابق فى الصيغ اللفظية الأخرى .

ولما كانت الألفاظ هى العماد الأول فى التعبير عن الارادة قرر الفقهاء أن الأقوال هى الأصل لانشاء العقود ، ولكن قد تقوم مقامها

---

(1) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٢٩٢

(2) يراجع : د. السنهورى ، مصادر الحق جـ ١ ص ٩١

كل وسـيلة يمكن أن تعبر عن الارادة فى الايجاب والقبول تعبيرا كافيا ومفيدا كالكتابة والرسالة ... الخ .

وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيما يأتي :

١ ـ الكتابة والرسالة :

المراد بالكتابة : أن يكتب أحد العاقدين الى الآخر كتابا بايجابه .

والمراد بالرسالة : هو أن يرسل أحد العاقدين الى الآخر الغائب رسـولا يبلغه الايجاب شفاهة باللفظ ، والرسـول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه الى المرسل اليه[1] .

ـ التعاقد بالكتابة حال حضور العاقدين :

يذهب جمهور الفقهـاء[2] الى جواز انشاء العقود بالكتابة بين الحاضرين سـواء أكان المتعاقدان يقدران على اللفظ (النطق) أم لا أو كان أحدهما قادرا عليه والآخر عاجزا .

ويشـترط فى الكتـابة أن تكون واضـحة ومفهومة ومستبينة ومرسومة أى مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس فى زمانهم وتقاليدهم وباقية ثابتة بأن تبقى بعد الانتهاء منها .

ويستثنى من ذلك «عقد النكاح» فانه لا ينعقد بالكتابة بين الحاضرين ما لم يكن أحدهما عاجزا عن النطق لأن الزواج من العقود التى يشترط لصحتها عند جمهور الفقهاء حضور شاهدين وسماعهما كلام العاقدين .

وعلى هذا فلو كتب رجل لامرأة : تزوجتك ، أو كتبت هى له :

---

(١) انظر بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٨ .

(٢) المغنى جـ ٧ ص ٤٣٠ ، الحطاب جـ ٤ ص ٢٢٩ ، الزيلعى جـ ٤ ص ٤ ، (وان كان لم يرد نص صريح الا أن عبارة الزيلعى تفيده « جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ » ـ نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١١) (وان كان هناك رأى آخر فى المذهب يمنع من اعتبار الكتابة) .

تزوجتك هما حاضران فى المجلس فقالت أو قال : قبلت ، لا ينعقد الزواج بهما[1] .

ـ التعاقد بالكتابة بين الغائبين :

يصح التعاقد بين الغائبين بالكتابة مطلقا سواء أكان العقد زواجا أو بيعا فالكتابة بين الغائبين كالنطق بين حاضرين وعلى هـذا الأساس وضعت قاعدة « الكتابة كالخطاب » [2] .

ومن جميع الأحوال السابقة يكون وصـول الايجاب الى مجلس القابل عن طريق الرسالة أو الكتابة ، انما هو نقـل الايجاب ماديا الى مجلس القبول[3] .

فاذا حصـل القبول فى المجلس فقد وجد الاتصال بين الايجاب والقبول حكما وانعقد العقـد .

أما لو بلغ أحد الايجاب بغير اذن وأمر الموجب فقبل العاقد الآخر لم ينعقد العقـد لأن المبلغ ليس رسولا بل فضوليا .

وعلى ذلك ، فلا يبدأ حكم الايجاب والقبول بالكتابة الا من وقت وصول الكتـاب وقراءته وفهم ما فيه وذلك فى العقـود التى يتوقف انعقادها على علم الطرف الآخر ورضاه كالبيع والزواج ، أما فى العقود التى لا تتوقف على ذلك كالطلاق والعتاق فان الكتابة اذا كانت مستبينة ومرسومة تأخذ حكمها فور الكتابة ، الا اذا كان قد علق الطلاق على بلوغ الكتاب ووصوله[4] .

---

(١) يراجع : فتح القدير جـ ٥ ص ٣٤٤ ، الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣

(٢) مادة ٦٩ من مجلة الأحكام العدليـة ـ الكاسـانى فى البـدائع جـ ٥ ص ١٣٥

(٣) والرسول هنا يختلف عن النائب فالأخير انما يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل .

(٤) ابن عابدين جـ ٥ ص ٢٧٢ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ ٢ ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٦١ .

وكذا فى الرسالة ، فان حكمها يبدأ من وقت أدائها وبلوغها [1] ، والرجوع فى الايجاب بالكتابة أو بالرسالة جائز قبل بلوغ الكتاب والرسول الى الطرف الآخر ، وقبل قبوله سواء علم الطرف الآخر بالرجوع أو لم يعلم حتى لو قبل بعد ذلك لا يتم العقد ولا ينعقد[2] .

ولم يستثن الفقهاء من ذلك سوى : الخلع والعتق على مال وتمليك المرأة نفسها ، ففيها لا يملك الموجب الرجوع عن الايجاب الا بعد وصوله الى الطرف الآخر وظهور ما يدل على رفضه لهذا الايجاب .

٢ ـ الاشـارة :

هى الحركات التى تصدر عن الانسان سواء فعلها برأسه أو يده . اذا كان المتعاقد قادرا على النطق والعبارة فهل يصح عقده بالاشارة ؟

واذا كان غير قادر على النطق لخرس فهل ينعقد عقده بالاشارة ؟

ـ الحالة الأولى : الضابط فيها هو أنه اذا كان المتعاقد قادرا على النطق والعبارة لا ينعقد عقده بالاشارة ولو كانت واضحة فى الدلالة على الرضا والارادة ، وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء[3] لأن العبارة هى الأصل فى التعبير عن الارادة والرضا . ولا يلجأ الى غيرها الا لضرورة ، ومن هو قادر على النطق والعبارة لا تقوم به ضرورة الى الاشارة [4] .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٩ .

(٢) وذلك بخلاف الوكيل فلو وكل شخص آخر بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع فباع الوكيل دون أن يعلم بالعزل فان البيع ينعقد . يراجع أيضا بدائع الصنائع جـ ٣ ص ١٣٨ .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٥ ، المغنى جـ ٤ ص ٥ ، رد المحتار جـ ٤ ، الأشـباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨ ، الحطاب جـ ٤ ص ٢٢٩ .. (اذ يرى الحنفية والشافعية ذلك فى غير التافه من الأشياء خلافا للمالكية والحنابلة اذ يعتبرونها ما دامت مفهومة ـ انظر المراجع السابق ذكرها فى كل مذهب) .

(٤) انظر : بدران أبو العينين ، نظرية العقد ص ٣٨٥ .

ـ **الحالة الثانيـة** : تتعلق باشارة الأخرس فى التعاقد هل تعتبر أم لا ؟ وفيها تفصيل :

(أ) اذا كان الخرس دائما :

ســواء أكان الخرس أصليا منذ ولادته أو كان عارضا ودام حتى وقع اليأس من كلامه .. وهنا نفرق بين حالتين :

الأولى : اذا كان غير قادر على الكتابة فان عقده ينعقد باشارته المفهومة المعهودة التى اعتاد الناس فهمها منه بلا خلاف بين الفقهاء [1] لأنها الوسيلة الوحيدة التى يستطيع أن يعبر بها عن ارادته ويتعاقد تحقيقا لمصالحة ودفعا للضرر ولأنه اذا كانت الاشارة مفهومة قامت مقام عبارته .

الثانية : اذا كان قادرا على الكتابة ففى اعتبار اشــارته فى التعاقد خــلاف .

ويرى جمهرة الحنفية أن اشــارته معبرة اذا كانت مفهــومة فى ذلك [2] ، وذهب البعض منهم الى أنه لا يجوز عقده بالاشارة فى هذه الحالة ، لأن الكتابة أوضح دلالة على المراد .

أما الشافعية ، فيرون أن اشارة الأخرس الواضحة فى الدلالة على مراده ينعقد بها عقده للضرورة وكذلك تصح تصرفاته بالكتابة [3] .

والحنابلة يوافقون الشــافعية والحنفيــة فى أن اشــارة الأخرس المفهومة يصح بها عقده للضرورة ، أما اذا كانت غير واضحة فلا ينعقــد

---

(1) البدائع جـ ٥ ص ١٣٥ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١١ ، المغنى جـ ٧ ص ٤٣٠ ، الحطاب جـ ٤ ص ٢٢٩ .

(2) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٨ .

(3) انظر نهاية المحتــاج جـ ٣ ص ١٠ ، المجمــوع شرح المهــذب جـ ١ ص ١٧١ .

بها العقد حتى ولو كانت مقرونة بالكتابة لأنه من المحتمل أن تكـون كتابته عبثا والاحتمال لا يصلح أساسا للعقود[1] .

وهناك رأى للحنابلة : يجيز انعقاد العقد بكل ما يدل على الرضا ويكشف عن الارادة [2] .

ونخلص مما تقدم من آراء فى تلك المسألة الى أن الرأى الراجح هو اذا كان الأخرس قادرا على الكتابة فانه لا تصح تصرفاته الا بالكتابة لأنها فى الدلالة كالنطق . أما الاشـارة فهى دون الكتـابة دلالة فلا تقبل مع امكان الكتابة ، وعلى هذا جاء فى مجلة الأحكام العدلية :

« ان الاشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان »[3] .

ونصت المـادة ٣٥٧ من مرشد الحيران على « أن ايماء الأخرس خلقة ــ أى اشارته المعروفة ــ كالبيان باللسان » .

(ب) اذا كان الخرس عارضـا :

بأن طرأ عليه الخرس ولم يصل الى درجة اليأس من شفائه وهى حالة معتقل اللسان وهو وسـط بين الناطق والأخرس[4] وقد جاء فى البدائع[5] :

« ... فيجوز بيع الأخرس وشراؤه اذا كانت الاشارة مفهومة فى ذلك .. هذا اذا كان الخرس أصليا .

فاذا كان عارضـا بأن طرأ عليه الخرس مثلا ، اذا دام به حتى

---

(١) انظر كشاف القناع جـ ٢ ص ١٧٣ .
(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٦٨ .
(٣) قاعدة ٧٠ من المجلة .
(٤) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣١٤ .
(٥) جـ ٥ ص ١٣٥ .

وقع اليأس من كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالخرس الأصلى •

وجاء فى الاشباه والنظائر [1] :

« ••• وأما اشارة غير الأخرس •• فان كان معتقل اللسان ففيها اختلاف ، والفتوى على أنه اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف ، وان لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته وعلى ذلك لا تصح اشارته الا اذا كان ميئوسا من كلامه وتكونت له اشارة مفهومة معهودة على التفصـيل السابق » •

ويرى البعض [2] : الاكتفاء بدوام عقلة لسانه سنة يصبح بعـدها كالأخرس الأصلى لمـا فى ذلك من رفع الحرج وعدم وقف تصرفاته طالمـا تكونت له اشارة معهودة مفهومة •

ومذهب الحنابلة والمـالكية [3] أوسع المذاهب فى مسألة التعاقد بالاشارة اذ يجيزون التعاقد بالاشارة ولو من غير الأخرس لأن الاشارة تسمى كلامـا فى اللغـة كما جاء فى القرآن الكريم فى قوله تعـالى : «آيتك الا تكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزا» [4] الآية ، والرمز : الاشارة • فالعقد عندهم ينعقد بكل ما يدل عليه وبالاشارة الدالة على ذلك ، وغير الأخرس كالأخرس متى كانت مفهومة وهـذا المذهب يحقق مقتضيات التعامل بين النـاس •

---

(١) لابن نجيم ص ١٨٨

(٢) انظر : مصطفى الزرقا ــ الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد جـ ١ ص ٣٢٩ ، وبدران ابو العينين المرجع السابق ص ٣٨٦ ، حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٢٥

(٣) انظر : حاشـية الدسـوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣ ، الدسوقى على الشرح الصغير جـ ٢ ص ٣ ، شرح الحطاب جـ ٤ ص ٢٢٩ المغنى جـ ٤ ص ٥

(٤) آل عمران : ٤١

٣ ـ التعـــاطى :

معناه ـ فى اللغة : المناولة أى الاعطاء والأخذ .

ويراد بالتعاطى عند الفقهاء المبادلة الفعلية الدالة على التراضى من غير لفظ ، كوضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض من الطرفين من غير لفظ وعليه أكثر الحنفية والمـالكية حيث اشترطوا فى صحة المعاطاة قبض العوضين أى الثمن والمثمن وهو مذهب الحنابلة .

لكن رجح الكمال بن الهمام الاكتفاء بقبض أحد العوضين[١] .

كما يتحقق التعاطى بتبادل البدلين من غير تلفظ من أحدهما ويتحقق أيضا بفعل من أحدهما وقول من الآخر كأن يعطى المشترى الثمن للبائع من غير أن يتكلم فيقول له : خذه أو رضيت أو نحو ذلك، أو يقول المشترى: اشتريته بكذا فيعطيه البائع الشىء المبيع من غير أن يتكلم[٢] .

ـ آراء الفقهاء فى جواز التعاقد بالتعاطى :

من الفقهاء من أجازه مطلقا فى البيع وغيره سواء فى ذلك النفيس والخسيس ، ومنهم من أجازه فى الخسيس دون النفيس [٣] ، ومنهم من منعه مطلقا ـ وذلك على النحو التالى :

١ ـ المذهب الحنفى :

تدرج التعاقد بالتعاطى فى المذهب الحنفى فقد كان يصح فى الخسيس دون النفيس .. ثم صار يصح فيهما معا[٤] ـ وقد كان قبض البدلين

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥ وما بعدها ، محمد شعبان حسين نظرية العقد ص ٤١

(٣) يراجع البدائع جـ ٥ ص ١٣٤

(٤) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ـ الخسيس التافه من الأشياء وقل ثمنه أو الأشياء المختصرة كالبيضة والرغيف ، والنفيس ما كثر ثمنه ، ومن الفقهاء من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس ما دونه ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٩ ، الزيلعى جـ ٤ ص ٤ ، ابن عابدين جـ٤ ص١٦

جميعا شرطا فى تمام العقد ثم صار قبض أحد البدلين يكفى[1] •

ويشترط فى جميع الأحوال أن يكون كل من البدلين معلوما •

ففيما يكون ثمنه غير معروف فى الأسواق يجب أن يكون كل من المبيع والثمن معلوما للطرفين ، أما اذا كان الثمن معروفا فى سوق البلدة وكان المشترى من أهلها قامت هذه الظروف قرينة على علمه بالثمن[2] •

ـ ضابط دلالة التعاطى على الرضا :

والتعاطى ولو من جانب واحد فعل يتضمن الدلالة على الرضـا الا اذا عارض هذه الدلالة أمر ظاهر • فالرفض الصريح من أحد الطرفين ينفى الرضا الضمنى المستفاد من التعاطى حتى ولو كان هـذا الرفض الصريح يجوز حمله على غير ظاهره [3] ، كما أنه اذا كان التعاطى مجرد تنفيذ لعقد سابق وكان هذا العقد باطلا أو فاسدا انعدمت •

٢ ـ المـالكيـة :

يجيزون التعاقد بالمعاطاة مطلقا[4] ولكن العقد لا يكون لازمـا الا بقبض أحد البدلين[5] •

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ، الفتاوى الهندية جـ ٢ ص ١٢٧ ، جـ ٣ ص ٨ و جـ ٤ ص ٣٦٨

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٨ ، الفتـاوى الهندية جـ ٣ ص ٩ و جـ ٤ ص ٣٦٨

(٣) فقد جاء فى الفتاوى الهندية : « دفع اليه دراهم ليشترى منـه البطاطيخ المعنية فلم يستردها ويعلم عادة السوق ان البائع اذا لم يرض برد الثمن أو يسترد المتاع والا يكون راضيا ويصيح خلفه لا اعطيها تطيبا لقلب المشترى فقال مع هذا لا يصح البيع » جـ ٣ ص ٩ ، راجع أيضـا ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦ ، ١٧

(٤) مختصر خليل ص ١٨٧

(٥) الشرح الكبير للدردير جـ ٣ ص ٣ ، الشرح الصغير جـ ٣ ص ٣ ، الحطاب جـ ٤ ص ٢٢٨ ، تهذيب الفروق جـ ٣ ص ١٨١

٣ ـ الحنـــابلة :

يجيزون التعاقد بالتعاطى فقد جاء فى المغنى[١] : « ان الله أحـــل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليــه فى القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ولأن البيع كان موجودا بينهم معلوما عندهم وانما علق الشرع عليــه أحكاما وأبقاه على ما كان ... ».

واستدلوا بقوله تعالى : **﴿ يا ايهـا الذين آمنـوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (٢) .**
وبقوله تعالى : **﴿ فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئـا مريئـا ﴾ (٣) .**

ووجه الدلالة فى الآيتين الكريمتين أن الله سبحانه وتعالى أناط حل الأكل بوجود التراضى وطيب النفس ، والرضا أمر خفى ، فأنيط الحكم بسبب ظاهر[٤] .

ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيـــع بينهم استعمال الايجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك فى بياعاتهم لنقل نقلا شائعا ، ولو كان ذلك شرطا لوجب نقله ولم يتصور منهم اهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط لــه الايجاب والقبول لبينه صلى الله عليه وسلم بيانا عامـا ، ولأن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ولم ينقل انكاره .. فكان ذلك اجماعا .. ولو كان الايجاب والقبول شرطا فى هذه العقود

---

(١) جـ ٤ ص ٤ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٤
(٢) النســاء : ٢٩ (٣) النســاء : ٤
(٤) المغنى جـ ٢ ص ٣

لشق ذلك ، ولأن الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة على التراخى ؛ فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التقيد فيـــه .

٤ ــ الشـــافعية :

لا يجيزون التعاقد بالمعاطاة لأن اسم البيع يصدق عليه[١] .

وأجاز بعضهم المعاطاة فى الخسيس دون النفيس من الأشياء .. واختار النووى[٢] القول بصحة بيع التعاطى مطلقا لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت فى الشرع لفظ له فوجب الرجوع الى العرف .

ــ استثناء عقد النكاح :

جمهور الفقهاء مع اتفاقهم على جواز التعاطى فى العقود استثنوا من ذلك عقد النكاح فلا يجوز فيه المعاطاة بالاجماع[٣] .

وقد ذكر صاحب تهذيب الفروق أربعة أسباب لتشديد المشرع فى عقد النكاح دون سائر العقود :

١ ــ أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه فيه أنه نكاح لا سفاح والقــاعدة أن الشهادة شرط فى النكاح بخلاف البيع ونحوه حيث لم يشترط الاشهاد .

٢ ــ أن النكاح عظيم الخطر جليل القدر ، والقاعدة أن الشىء اذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه .

٣ ــ أن الأصل فى الأموال الاباحة ، وفى الأبضاع الحرمة ، والشرع

---

(١) انظر المهذب جـ ١ ص ٢٥٧ ــ الوجيز جـ ١ ص ١٢٣

(٢) راجع : المجموع شرح المهذب للنووى جـ ٩ ص ١٦٢ وما بعدها .

(٣) راجع : نظرية العقد للدكتور محمد شعبان حسين ص ٤٥

يحتاط فى الخروج من الحرمة الى الاباحة لأن التحريم يعتمد على المفاسد فيتعين الاحتياط للخروج منه .

٤ ـ عموم الحاجة الى البيع ونحوه مع كثرة الوقوع والحصول عند كل حاجة بخلاف النكاح فانه قليل الحصول من الشخص الواحد ، والقاعدة فى الشريعة السمحة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر[١] .

٥ ـ الظاهرية :

يرون أن العقود جميعها لا تنعقد الا بالصيغة ولا يجوز فيهـا المعاطاة سواء فى ذلك النكاح والبيع والاجارة والوقف والهبة وغيرها ، واستدلوا بأن الأسماء كلها توفيق من الله تعالى لا سيما أسماء وأحكام الشريعة التى لا يجوز فيها الاحداث ولا يعلم الا بالنصوص[٢] .

ويبدو أن هذا الاتجاه قول بالرأى لا يدعمه دليل[٣] .

٦ ـ مذهب الكرخى من الحنفية ، وابن شريح من الشافعية :

ان العقود تصح بالأفعال فيما كثر عقده بذلك ، مثل المعاطاة فى الأشياء الخسيسة والوقف أن يبنى مسجدا ويأذن للناس بالصلاة فيه من غير أن يتلفظ بالصيغة ، وكبعض أنواع الاجارة كمن أعطى ثوبه لغسال أو خياط يعمل بالأجر وكالهدية ونحو ذلك ، فان هذه العقود وأمثالها لو لم تنعقد بالأفعال لفسدت أمور الناس ، ومن ناحية أخرى فقد جرى تعامل الناس فى مثل هذه الأشياء بالألفاظ من لدن النبى صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان ذلك جائزا فيها .

---

(١) تهذيب الفروق على هامش الفروق للقرافى جـ ٣ ص ١٨١ وما بعدها . مشار اليه فى نظرية العقد ـ د . محمد شوكت ص ٣٠

(٢) المحلى جـ ٨ ص ٣٥٠

(٣) انظر : د . محمد شعبان حسين ، نظرية العقد ص ١٦

أما الأشياء النفيسة فانه لم يجر العرف بالاكتفاء بالفعل فيها ومن ثم فلا حاجة اليه ولا يجوز العقد فيها بغير الصيغة[1] .

٤ ــ دلالة الحـــال :

يعتبر التعاقد جائزا باتخاذ أى مسلك آخر خلاف ما سبق لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على الرضا .

فقد جاء فى المبسوط للسرخسى [2] : « العقد قد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح » .

وجاء فى البدائع[3] : « الشرط قد يثبت نصا أو دلالة .. وأمـــا الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل فى أحدهما يدل على تعيين الملك فيه » .

وقد جاء فى الحطاب [4] : « واحتج المالكية بما تقدم من أن الأفعال وان انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهى كافية اذ المقصود من التجارة انما هو أخذ ما فى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفى دلالة العرف فى ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل » .

ويقول الامام مالك : « يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا »[5] .

كما جاء فى المغنى[6] : « ولأن الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة على التراضى فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التقيد فيه » .

---

(١) تراجع الهداية وفتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ، انظر د. محمد شوكت ــ نظرية العقد ص ٢٩ ، د . محمد شعبان حسين ــ المرجع الســـابق ص ٤٧

(٢) جـ ١١ ص ١٥٠

(٣) جـ ٥ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٧٠ ، راجع ايضا ابن عابدين جـ ٤ ص ٩ ، ١٦

(٤) جـ ٤ ص ٢٢٨

(٥) يراجع المغنى جـ ٤ ص ٤

(٦) يراجع المغنى جـ ٤ ص ٤

ويقول الشيخ على الخفيف[1] : « انها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف أم لم يجر ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا لا فى شرع ولا فى لغــة بل يتنوع ويتعدد بتنوع الاصطلاحات وتعــددها كما فى تنوع اللغــات وتعددها فان لمعنى الاجارة والبيع والرهن وغيرها من العقود ألفاظا كثيرة متعددة فى جميع اللغات ولا يجب على الناس التزام لفظ منها وكذلك تنوع الكتابة عند الكاتبين والاشارة عند الخرس فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا اشارة خاصة ما دام الافهام متوافرا لأنه المناط وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والاشارة الا دوال عليه » .

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة [2] : « فكل ما عــده الناس دالا على البيع ينعقــد البيع به ، وكل ما يعتقــده الناس دالا على الاجارة ، فالاجــارة تنعقــد به وليس لذلك حــد لا فى شرع ولا فى لغـــة بل يتنــوع بتنوع النــاس كما يتنوع بتنوع لغاتهم ... ولا يجب على النــاس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعــاملات ولا يحــرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى اذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم ... » .

ويقــول الدكتور محمد يوسف موسى [3] : « ان العقــد مهما كان أمره وموضــوعه ينعقــد بالقول أو الفعــل الدال دلالة لا لبس فيهــا على ارادة كل من طرفيه ســواء أكان العقــد على هــذا الوضع متعارفا أم غير متعارف فكل ما يدل على البيع ينعقــد به وكل ما يدل على الاجــارة تنعقــد بها ، كذلك الشركة والوكالة والسلم والعقــود الأخرى على اختلافها وتعددها . ان الضابط عند الذين ذهبوا هــذا

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ ، ١٥٦

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

(٣) الأموال ونظرية العقد ص ٢٧٢ ، ٢٧٣

المذهب هو أن يكون ما يستعمله العاقدان من قول أو فعل يدل بتعين على ما يريدانه من انشاء العقد وابرامه دون نظر الى ما تعورف من الصيغ والأشكال التى ينعقد بها العقد » .

٥ ــ السكوت :

السكوت مظهر للتعبير عن الارادة يختلف عن جميع ما سبق بأنه موقف سلبى محض ، لذلك قيل فى الفقه الاسلامى: «لا ينسب لساكت قول» ويصدق هذا على الايجاب دون القبول، فالايجاب لايمكن أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه من الظروف الملابسة ولذلك قيل تكملة للعبارة الأولى : « ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان »[١] .

وقد أطلق البعض على السكوت عبارة « لسان الحال» [٢] ، ومثل له بانسان ترك متاعه بين يدى شخص آخر وذهب وذلك الآخر ساكت لم ينهه ولم يتنصل مدة حفظه فان عقد الايداع ينعقد بينهما بدلالة الحال فيصير الشخص الموضوع أمامه وديعا مكلفا بالحفظ ومسئولا عنه اذا قصر فيه ولو وضع ماله أمام جماعة كذلك أصبحوا جميعا مستودعين فلو قاموا واحدا بعد آخر تعين حفظ الوديعة على الأخير فاذا قام وترك المال حتى ضاع فانه يضمنه لصاحبه .

وقد اعتبر السكوت فى بعض المسائل قرينة تقوم مقام اللفظ[٣] .

---

(١) يراجع مصادر الحق ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، وقد أورد ابن نجيم فى الأشباه والنظائر بيانا للحالات التى يعتبر فيها السكوت قبولا نظرا للظروف الملابسة ص ٧٨ ، يراجع أيضا : الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٧ ، ٩٨

(٢) د. مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد جـ ١ ص٣٣٢

(٣) انظر بدران أبو العينين بدران ، نظرية الملكية والعقود ص ٣٩٠ ــ وانظر أيضا الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٨ ــ فقد جاء به : « خرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق .. سكوت البائع الذى له حق حبس المبيع حين رأى المشترى قبض المبيع وسكوت الشفيع حين علم بالبيع حفظ للشفعة » .

فمثلا سكوت الموصى له بعد موت الموصي عن القبول أو الرد حتى مات يعتبر السكوت قبولا ، وكذا سكوت الفتاة البكر اذا استأذنها وليها فى عقد زواجها يعتبر اذنا وتوكيلا بالعقد استنادا الى دلالة العرف .

وعلى ذلك يتبين أن السكوت يعتبر قبولا اذا اقترنت به ملابسات تجعل دلالته تنصرف الى الرضا .

ومن هذه الظروف والملابسات التى تصرف دلالة السكوت على الرضـا ما يأتى[1] :

١ ــ اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجـاب بهـذا التعامل .

٢ ــ اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليـه ويدخل فى ذلك سكوت المتصدق عليه وسكوت الموقوف عليه .

٣ ــ أن يكون الشخص فى وضع بحيث لو لم يكن راضـيا لمـا سكت عن التصريح بالرفض فيعتبر سكوته رضـا ، ويدخل فى ذلك السكوت عند بيع الزوجـة أو القريب عقـارا ، وسـكوت البكر عند الزواج .

* * *

● التعبير عن الارادة فى القانون وفقهه :

قلنا فيما سبق : ان القانون وفقهه استعملا مصطلح « التعبير عن الارادة » للدلالة على التراضى ، واتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى هو فى ذاته مسألة نفسية لا يعنى بها القانون الا اذا أعلن عنها وذلك بالتعبير عن الارادة ، ومن ثم كان الأخير هو المظهر الخارجى المحسوس للارادة متجه الى احداث أثر قانونى سواء أكان ذلك تعبيرا عن ايجاب أو قبول[2] .

* * *

---

(١) يراجع مصادر الحق جـ ١ ص ١٣٠

(٢) انظر أستاذنا الدكتور عبـد الودود يحيى ــ المرجع السـابق ص ٢٩ وما بعـدها .

● **التعبير الصريح والتعبير الضمنى :**

فالمتعاقد يفصح عن ارادته بالوسيلة التى تحلو له ، ولا يهم بعد ذلك نوع هذه الوسيلة ما دامت أنها تعبر عن الارادة[1] .

والتعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا وفى ذلك تنص المادة (٩٠) من القانون المدنى المصرى على أن :

« ١ — التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود .

٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا »[2] .

فالأصل أن التعبير عن الارادة قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، واستثناء من ذلك قد يشترط القانون فى بعض الحالات أن يكون التعبير عن الارادة صريحا والا فلا يعتد به ، مثال ذلك فى الاتفاق على تجديد الالتزام فهذا التجديد لا يقدر وجوده بل لابد من النص عليه صراحة فى العقد [3] ، وكذلك قبول الدائن للكفالة لا بد أن يكون صريحا [4] .

والتعبير الصريح هو الذى يفصح عن الارادة بطريقة موضوعة بذاتها للكشف عن هذه الارادة حسب المألوف بين الناس ، فقد يكون كلاما أو كتابة أو اشارة متداولة عرفا ، ويكون التعبير صريحا أيضا باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود وقد يكون السكوت تعبيرا صريحا عن القبول .

---

(١) د. عبد المنعم الصدة — المرجع السابق ص ٩٣

(٢) يقابل هذا النص م ٩٣ سورى ، م ٩٠ ليبى ، م ٧٧ ، ٧٩ عراقى و ١٧٩/١ و ١٨٠/١ لبنانى (مقارب) .

(٣) م ٣٢٠ موجبات لبنانى .

(٤) م ١٠٦١ موجبات لبنانى ، د. محمد لبيب شنب — المرجع السابق ص ٩٠

أما التعبير الضمنى فهو كل ما يمكن أن تستنبط منه دلالة التعبير عن الارادة فى ضوء ظروف الحال ، وليس فى ذاته موضوعا للكشف عن الارادة[1] • وذلك كالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها •

* * *

● مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول :

القاعدة العامة فى الفقه والقضاء فى مصر وغيرها من البلاد العربية أن السكوت هو العدم ، ومن ثم لا ينسب لساكت قول ، وليس السكوت ارادة ضمنية فالارادة الضمنية تستخلص من ظروف ايجابية تدل عليها[2] كما أن الارادة الضمنية قد تكون ايجابا أو قبولا بحسب الأحوال ولكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء تضمنته قاعدة أخرى تقول : « السكوت فى معرض الحاجة بيان » •

ومعنى هذا أن السكوت اذا صاحبته ظروف تخلع عليه دلالة الرضا فانه حينئذ يعتبر قبولا ، وهذا هو الذى يقال له « السكوت الملابس Silence Sircomstancée »[3]

وقد نص القانون المدنى المصرى وكذلك اللبنانى على أمثلة لهذا النوع من السكوت • فتنص المادة (٩٨) مدنى مصرى على أنه :

« ١ — اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم اذا لم يرفض الايجاب فى وقت مناسب •

---

(١) ويذهب د . عبد المنعم الصدة (المرجع السابق ص ٩٠ ، ٩١) الى أن التعبير الصريح هو الذى يفصح عن الارادة بطريقة مباشرة والضمنى هو التعبير غير المباشر ، ولا يرى الدكتور السنهورى فى هذا الرأى فارقا محسوسا بين التعبير الصريح والضمنى — الوسيط — مصادر الالتزام ص ١٨٩ هامش ٣

(٢) د. السنهورى — المرجع السابق ص ٢٣٦

(٣) د. عبد المنعم الصدة — المرجع السابق ص ٩٦

٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولا اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل أو تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه »[١] .

والحالات الواردة فى هذا النص والتى يعتبر فيها السكوت على سبيل الاستثناء قبولا اذا لابسته ظروف من شأنها أن تجعله يدل على الرضا[٢] وهى ما يأتى :

١ — اذا كان هناك عرف تجارى جرى فى حالات معينة على اعتبار السكوت قبولا أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك : كما اذا أرسل تاجر فاتورة الى المشترى تتضمن شروط بيع البضاعة المرسلة اليه ولم يبادر المشترى الى رفض هذه الشروط اذ يعتبر سكوت المشترى حينئذ قبولا لها .

وقد نصت على هذا المثال صراحة المادة ١٨٠/٣ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى فقالت : « يعد سكوت مشترى البضائع بعد استلامها قبولا للشروط المعينة فى بيان الحساب (الفاتورة) » .

٢ — اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين كما اذا اعتاد تاجر أن يطلب من آخر البضاعة التى يريدها فيرسلها اليه دون أن يؤذنه بالقبول فاذا طلب العميل شيئا بعد ذلك منه مما يدخل فى نطاق المعاملات السابقة وسكت المرسل كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضا أو قبولا .

---

(١) يقابل مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٢ ص ٥٧ — ٥٩ و م ٩٣ سودانى و م ١٠٨ كويتى ، هذا النص مادة ٩٩ سورى ، ومادة ٩٨ ليبى ومادة ٨١ عراقى ومادة ١٨٠ لبنانى .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة لتمام العقد فحسب بل أيضا بالنسبة الى الغائه او الاقالة منه — استئناف مختلط ١٩١٧/٤/١١ مادة ٢٩ ص ٣٥٨ مشار اليه فى د. السنهورى — الوسيط — مصادر الالتزام ص ٢٣٧ هامش ٢

وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ثم بعث أحـد الطرفين الى الآخر بخطاب يتضمن تفسيرا لهذا العقد أو تعديلا أو فسخا لـه فان سكوت المرسل اليه يعتبر قبولا وقد طبق القانون هـذه الفكرة صراحة فى عقدى الايجار والعمل[1] .

٣ ــ اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه فان سكوته هـذا يعتبر قبولا كعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت ، وما ورد به النص ليس الا على سـبيل التمثيل لا الحصر فكل سكوت تلابسه ظروف تدل على الرضا فهو « سكوت ملابس » ويعتبر قبولا ، كما اذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فسكت ولم يعترض.

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية فى المشروع التمهيدى لنص المـادة ٩٨ مدنى مصرى ما يأتى : « ... ان انقضاء الميعاد المعقول ، أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقيق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه وفى هذا الوقت يتم العقد ، أما فيما يتعلق بمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضـاء الميعاد المناسب اذا هو علم بالقبول فى هذا المكان ..... ويستخلص من دراسـة مختلف المذاهب ومقارنتها فى النصـوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر افصـاحا أو تعبيرا عن الارادة . أما السكوت الموصوف وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاما بالكلام فلا يثير اشكالا ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . ولا يبقى بعـد ذلك سـوى « السكوت الملابس » وهو ما لابسه ظروف يحمل معها محمل الارادة فهو وحده الذى يواجهه النص محتذيا فى ذلك حذو أحدث التقنينات وأرقاها »[2] .

---

(١) فيما نصت عليه المـادة ٥٩٩ مدنى مصرى وتقابلها المـادة ٥٩٢ موجبات لبنانى وفيما نصت عليه المـادة ٦٧٩ مدنى مصرى والمـادة ٧١ من قانون العمل وتقابلها المـادة ٦٥١ موجبات لبنانى .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٧ ، ٥٨ ، أنور العمروسى المرجع السـابق ص ٢٢٤

ومن هذا الذى سقناه نخلص الى وجود ثلاثة أنواع من السكوت هى :

(أ) السكوت البسيط : حيث لا يعتبر افصاحا أو تعبيرا عن الارادة ، فاستخلاص القبول من مجرد السكوت يعنى فرض واجب على الشخص بأن يفصح عن رفض كل ما يحلو لغيره أن يوجهه اليه من ايجاب والا اعتبر قابلا له وفى هذا عنت واضح وتقييد للحرية الشخصية ليس له مقتضى[1] .

(ب) السكوت الموصوف : حيث يكون فى معرض الالتزام بالكلام وهو ما تكفل القانون بتنظيم أحكامه .

(جـ) السكوت الملابس : وهو مناط النص على النحو السابق ذكره .

٤ ــ حيث ينص القانون ويقرر اعتبار السكوت تعبيرا عن القبول ومثل ما نصت المادة ٤٢١ مدنى مصر اذ تقول :

« فى البيع بشرط التجربة يجوز للمشترى أن يقبل المبيع وأن يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فاذا رفض المشترى البيع وجب أن يعلن الرفض فى المدة المتفق عليها ، فاذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففى مدة معقولة يعينها البائع ، فاذا انقضت هذه المدة وسكت المشترى مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا » .

* * *

● **تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :**

من صور التعبير الضمنى عن الارادة فى القانون ، التنفيذ الاختيارى للايجاب اذ اعتبره القضاء المصرى يقوم مقام القبول فيتم العقد به .

أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع فى شأن تحديدهما القواعد العامة اذ لا يوجد نص خاص فى ذلك : وتقضى القواعد العامة

---

(١) د. اسماعيل غانم ــ النظرية العامة للالتزام جـ ١ ص ٨٢ ، ٨٣ فقرة (٥١) .

بنظريه « علم الموجب » أى أن العقــد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفى المكان الذى علم فيه بذلك ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتا أو مكانا آخر[1] .

* * *

● **الايجاب والقبول فى عقود المزاد والمناقصات :**

أولا ــ عقود المزاد :

أهم عقود المزاد هى البيع والايجار ، وقد يقع بطريق المزاد كل من البيع الاختيارى والبيع الجبرى عن طريق القضــاء أو عن طريق الادارة والجهات الحكومية .

ونظرا للطبيعة الخاصة لعقود المزاد فانه من المهم معرفة متى يتم الايجاب ومتى يتم القبول :

١ ــ موقف القانون والقضاء المصريين من المسألة :

ذهبا الى أن طرح الصفقة فى المزاد أو افتتاح المزايدة على الثمن[2] لا يعدو أن يكون دعوة الى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، وأن التقدم بعطاء هو الايجاب ، أما القبول فلا يتم الا برسو المزاد ويكون القبول هو ارساء المزاد على من يرسو عليه .

وهــذا ما نصت عليه المــادة (٩٩) من القانون المدنى المصرى :

« لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » [3] .

وقد جاء فى الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المدنى أن المشروع

---

(١) انظر د . السنهورى ــ الوسيط ــ مصادر الحق ص ٢٤٠ .

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٦٤/١/٩ السنة ١٥ ص ٦٨ ، مجموعة المكتب الفنى .

(٣) يقابل هذا النص م ١٠٠ سورى و م ٩٩ ليبى و م ٨٩ عراقى و م ٨٤ سودانى و م ١١٤ كويتى و م ٣٦ تونسى .

قد أعرض عن المذهب الذى يرى فى افتتاح المزايدة على الثمن ايجابا وفى التقدم بالعطاء قبولا[1] .

٢ ـ موقف القانون التونسى :

لقد خالف القانون التونسى سائر التشريعات العربية اذ اعتبر عرض الشىء للمزايدة ايجابا يقبله من وقفت عليه المزايدة[2] .

على حين أن سائر التشريعات العربية على أن التقدم بالعطاء فى المزاد يعتبر ايجابا ، ويؤخذ من ظروف الحال أن هذا الايجاب يقترن ضمنا بتحديد ميعاد للقبول هو من لحظة صدور الايجاب حتى التقدم بعطاء آخر أكبر أو رسو المزاد أو بعد فتح المظاريف بوقت يكفى للبت فيها ، وعلى هذا الأساس فهذا الايجاب ملزم لصاحبه طوال الميعاد الضمنى للقبول .

وأن رسو المزاد يعتبر هو القبول الذى يتم به العقد[3] ، ويتم رسو المزاد عادة بعد قبول صاحب السلعة أكبر عطاء ، الا أنه فى المزاد بالمصاريف يجوز لصاحب السلعة أن يشترط أن يكون له الحق فى قبول أو رفض أى عطاء .

واذا كان رسو المزاد يتوقف نفاذه على تصديق شخص أو جهة فلا ينعقد العقد ما لم يتم هذا التصديق[4] .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٦٤ ، ٦٥

(٢) أنور العمروسى ـ المرجع السابق ص ٢٢٦

(٣) والقبول فى المزايدات فى القانون السورى يكون بما يسمى بـ «الاحالة القطعية » فقط بمجرد توقف المزاد بعد آخر عطاء لعدم وجود من يزيد عليه لا يعتبر صاحب المزاد قابلا بالعطاء الأخير بل ينتظر قبوله ويكون هذا منه عادة بالموافقة على احالة الصفقة الى اسمه ، انظر أنور العمروسى ـ المرجع السابق ص ٢٢٨

(٤) أنور العمروسى ص ٢٢٧ ، نقض مدنى جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٩ ص ١٢٨٧ ، مجموعة المكتب الفنى .

ثانيا ـ عقـود المناقصـات :

تسرى الأحكام السابقة على المناقصـات فيعتبر التقدم بعطاء هو الايجاب وليس فتح باب المناقصة ، والايجاب هنا ملزم طول مدة الميعاد الضمنى للقبول ، ويسقط بعطاء آخر أنقص منه • ويعتبر رسم المناقصة هو القبول الذى يتم به العقـد[1] •

● **تعقيـــــب :**

لقـد تحدثنا عن الايجاب والقبول فى عقود المزاد وألحقنا بهـا المناقصات لمـا لهذه العقود من طبيعة خاصـة ومن ثم كان من المفيـد التعرف على كيفيـة الايجاب والقبـول فيها وحالات الاعتداد بهمـا وصدورهما وكيف يتم الارتباط بين الايجاب والقبول ، وبعبارة أخرى متى يتم العقـد • وذلك دون الاسـتطراد الى تفاصيل أحكام عقود المزايدة فى الفقه الاسـلامى وهى ما أطلق عليه الفقهاء « بيع من يزيد » أخذا من حديث الرسـول صلى الله عليه وسلم ، اذ باع صلى الله عليه وسلم قدحا وحلسا بـ «بيع من يزيد » ، وقد فرق الفقهاء بين هذا النوع من البيع و «بيع المستام» أو بيع المساومة فالأول جائز والأخير مكروه •

والاستطراد فى أحكام هذه البيوع فى الفقه الاسـلامى يخرج عن نطاق المسألة المطروحة وهى التعبير عن الايجاب والقبول ووسائله فى الفقه الاسـلامى والقانون الوضعى •

❊ ❊ ❊

الشرط الثانى ـ توافق الايجاب والقبول :

معناه : ان توافق الايجاب أو القبول هو حقيقة العقد لدلالة ذلك التوافق والتطابق على الرضا •

ومن ثم يجب أن يشتمل القبول على جميع جزئيات الايجاب واذا انعدم التوافق بين الايجاب والقبول انعدم التراضى •

---

(١) د. عبد الناصر العطار ـ نظرية الالتزام ص ٥٣ وما بعدها .

وفى ذلك يقول الكاسانى كلاما قيما [1] : « وأما الذى يرجع الى نفس العقد فهو القبول موافقا للايجاب بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع وبما أوجبه .

فان خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدأ موافق[2] .

وعلى ذلك يكون عدم تطابق القبول مع الايجاب ايجابا مبتدأ موجها للموجب من المتعاقد الآخر .

توافق القبول مع الايجاب قد يكون حقيقيا وذلك اذا ما ورد الايجاب والقبول على شىء واحد كأن يقول : بعتك دارى بألف ، فيقول المشترى : اشتريتها بهذا الثمن ، هنا يتوافق القبول مع الايجاب موافقة حقيقية لاتحاد محلهما اتحادا تاما .

وقد تكون موافقة ضمنية بأن كانت مخالفة القبول للايجاب لمصلحة الموجب ، وذلك بأن أوجب البائع بثمن فقبل المشترى بأزيد منه ، أو أوجب المشترى بثمن فقبل البائع بأقل منه ، فان العقد ينعقد مع هذه المخالفة لأنها تدل فى حقيقتها على الرضا بأبلغ وجه [3] ، فان من رضى أن يبيع سلعته بعشرة مثلا كان راضيا أن يبيعها بخمسة عشر من باب أولى ، ومن رضى أن يشترى السلعة بعشرين فرضاه بخمسة عشر أظهر وأوضح ، الا أنه فى الحالة الأولى لا يلزم البيع الا بالثمن الأقل — لأن التعاقد كان عليه ولا يلزم بالثمن الأكثر — الا اذا

---

(1) البدائع جـ ٥ ص ١٣٦

(2) راجع أيضا فى صور عدم تطابق القبول مع الايجاب : فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ — ٨٢ ، الوجيز شرح فتح القدير جـ ١ ص ١٦٠ وما بعدها ، الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٦ ، الفتاوى الخانية ص ١٢٧ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٧ ، مجلة الاحكام العدلية ص ١٧٨

(3) محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٣ ، ومحمد شوكت — نظرية العقد ص ١٣ ، محمد شعبان حسين — نظرية العقد ص ٢٣٠

قبله البائع لأنه تمليك والمشـــترى لا يستطيع أن يدخل فى ملك البائع شــيئا جبرا عنه •

أما فى الحالة الثانية التى حط فيها البائع بعض الثمن فان العقــد ينعقــد لأن الحط من قبيل الاسقاط وهو تصرف يســتبد به المسقط ولا يتوقف على قبول الآخر لكنه يرتد بالرد لمــا فيه من معنى التمليك •

والظاهر أن الشافعية يشترطون الموافقة الحقيقية ويعتبرون الموافقة الضمنية مانعة من صحة العقد لأنها مخالفة على كل حال ولو فى الصورة فلم تتحقق الموافقة بين الايجاب والقبول[1] •

* * *

● عدم تغير المحل ما بين الايجاب والقبول :

ويشترط فى توافق الايجاب والقبول عدم تغير المحل ما بين الايجاب والقبول حتى يتم العقــد اذ لا يجب أن تتغير حال المبيع وقت القبول عما كانت عليه وقت الايجاب • فلو باع عصيرا فسكت المشترى حتى تخمر ثم تخلل ثم قبل ، لا ينعقد العقد ، ذلك أن الايجاب والقبول قد توافقا على بيع عصير ومن ثم لا يتم العقد فى الخل لأنه لم يكن محل التراضى ولا فى العصير لأنه أصبح غير موجود [2] •

* * *

● توافق الايجاب والقبول فى القانون الوضعى :

هو ما يعبر عنه فقهــاء القانون بتوافق الارادتين ••
وتوافق الارادتين هو اقتران الايجاب بقبول مطابق له [3] •

---

(١) مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٧ ، نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٤ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ٣ ، راجع أيضا : د. محمد شعبان حسين ـ المرجع السابق ص ٢٣

(٢) فى هذا المعنى تراجع : الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٢٣١ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٨ ، حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٩

(٣) د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ١١١

١ - الايجـاب :

ويعرف فقهاء القانون الايجاب بأنه عرض بات وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص الى آخر للتعاقد معه (١) .

ومعنى ذلك أن الايجاب يجب أن يكون باتا أى صادرا عن نية باتة فى التعاقد ، وتقرير ما اذا كان الايجاب كذلك هو من مسائل الواقع لا من مسـائل القانون فيفصل فيه قاضى الموضـوع طبقا لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه (٢) .

كما يجب أن يكون الايجـاب كاملا أى شـاملا ومتضمنا لجميع العناصر التى تجعله صالحا لأن ينعقد به العقد حين يصادفه قبول مطابق، وهـذه العناصر هى على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التى لا بد من توافرها لانعقاد العقد ويضاف اليها كل شرط آخر له أهمية خاصـة لدى الموجب حتى ولو كان فى ذاته أمرا ثانويا .

٢ - القبـول :

ويعرف فقهاء القانون القبول بأنه التعبير البات عن ارادة الطرف الذى وجه اليه الايجاب بالموافقة على انشـاء العقد ، والغالب أن صدور القبول يتأخر عن صدور الايجاب ، ولذلك يعرف بأنه الارادة الثانية فى العقـد .

ويشترط فى القبول كى يكون صالحا لأن ينعقد به العقد ما يأتى :

(أ) أن يكون الايجاب قائمـا لم يسقط فاذا كانت هنـاك مدة للايجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هـذه المدة

---

(١) د. محمد لبيب شنب - المرجع السابق ص ١٠٣ ، د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق ص ١١١

(٢) د. عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام ص ٤٥٧ ، نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٥٠/١/٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ٥٦/٢٠٣/١

واذا لم يكن الايجاب لم تحدد له مدة وصدر فى مجلس العقد وجب أن يصدر القبول قبل انفضاض المجلس .

فاذا كان الايجاب قد سقط لما تقدم أو لغيره فان القبول يكون ايجابا جديدا يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه .

(ب) يجب أن يأتى القبول مطابقا للايجاب وهذه المسألة هى جوهر ما نحن بصدده .

***

● **وجوب مطابقة القبول للايجاب :**

اذا اختار الموجب له أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقا للايجاب مطابقة تامة فى جميع المسائل التى تناولها الايجاب الجوهرى منها والثانوى أى أيا كان حظها من الأهمية[1] ، والا فان العقد لا ينعقد لعدم تطابق القبول مع الايجاب .

أما اذا اقتصر الايجاب على المسائل الجوهرية وأغفل المسائل الثانوية فيكفى أن يتفق القبول مع الايجاب بالنسبة للمسائل المذكورة فيه وعلى ذلك نصت المادة (٩٥) من القانون المدنى المصرى بقولها :

« اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم ، واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة »[2] .

ويبرر فقهاء القانون هذا الحكم الذى أورده النص والذى

---

(١) د. اسماعيل غانم ــ النظرية العامة للالتزام ص ١١٥ بند ٦٣ وقد نصت على ذلك المادة ١/١١٢ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) يقابل هذه المادة م ٩٥ ليبى وم ٩٦ سورى و ٨٦ عراقى ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى فى هذا الصدد : أن القاضى يتولى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى ارجىء الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى فلا يقتصر على تفسير ارادة العاقدين بل يستكمل ما نقص منها (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٦،٤٧)

مؤداه : أن العقد يعتبر قد تم على الرغم من أن لمتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد حتى ولو اختلفا فيها بعد ذلك . ذلك أن الفقهاء يذهبون فى تبرير هذا الحكم الى أن المسائل المؤجلة ليست جوهرية فى العقد كما أن القانون قد اعتمد على أن المتعاقدين لم يجعلا تمام العقد رهينا باتفاقهما على هذه المسائل غير الجوهرية ، وأنهما أرادا افتراضا أن يحل القاضى محلهما ليبت فيما اختلفا فيه لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من ابرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل بحيث اذا تبين أن ارادتهما قد انصرفت الى غير ذلك بأن اشترطا صراحة أو ضمنا أن العقد لا يتم الا عند الاتفاق على هذه المسائل فان حكم النص السابق لا ينطبق [1] .

وعلى هذا الأساس يجب أن يكون القبول مطابقا للايجاب ، أما اذا كان غير مطابق له بأن زاد عنه أو نقص أو كان معدلا له فان العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول ايجابا جديدا وهذا ما نصت عليه المادة (٩٦) من القانون المدنى المصرى :

« اذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا » [2] .

* * *

(١) أنظر د . السنهورى ، م س ص ٢٣٤ ، د . عبد المنعم الصدة م س ص ١٢٤ .

(٢) يقابل هذا النص م ٩٦ ليبى و م ٦٧ سورى وم ١/٨٦ عراقى وم ٨٠ سودانى وم ١٨٢ لبنانى ، وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى بخصوص المادة (٩٦) مدنى مصرى ما يأتى « يجب أن يصل القبول الى الموجب فى الوقت المناسب وأن يكون فوق ذلك مطابقا تمام المطابقة للايجاب ولا يتم العقد الا بتوافر هذين الشرطين فاذا وصل القبول بعد الميعاد أو انطوى على ما يعدل فى الايجاب فلا يكون له حكم القبول الذى يتم به التعاقد بل يجوز أن يكون بمثابة ايجاب جديد قد يؤدى عند قبوله الى قيام عقد يتم بمقتضى ارادة جديدة لا بمقتضى القبول المتأخر أو المعدل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٠) .

● القبــول فى عقــود الاذعان :

تعريف عقــد الاذعان : يعرفه فقهاء القانون بأنه العقد الذى يضع فيه الموجب شروطه ويوجهها الى الناس كافة لمدة غير محددة وعلى نحو دائم ولا يقبل مناقشة فيها ويسلم بها القابل وذلك فيما يتعلق بسـلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانونى أو فعلى أو على الأقل يسيطر عليها الموجب سيطرة تجعل المناقشة فيها محدودة النطاق[1] .

وهذا العقد وليــد التطور فى الحياة الاقتصادية المعاصرة ، اذ أدى النشــاط المتزايد فى الحياة الاقتصادية الى زيادة هائلة فى عدد ما يجب أن يبرم من عقود فى أقل وقت ممكن وبأقل مجهود مما أدى الى انفراد الموجب بتحديد شروط العقد وعدم المناقشــة فيه عند ابرامه بسبب ما يتمتع به الموجب فى هذا العقــد من احتكار فعلى أو قانونى وأصبح من يريد التعاقد مع هــذا الموجب اما أن يقبــل العقد ككل أو يدعه جملة ، ولا بد له من التعاقد لأن العقد يتعلق بسلعة أو مرفق لا غنى له عنــه فهو بذلك يرضخ ويذعن ومن هنــا أطلق الأســتاذ الدكتور السنهورى على هذا العقد « عقد الاذعان »[2] .

* * *

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ، مرجــع ســابق ص ١٢٥ ، ١٢٦ ، د. السنهورى ، مرجع ســابق ص ٢٤٥ ، د. محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٣٧ ، ٣٨ . استاذنا د. عبد الودود يحيى — مرجع سابق ص٤٤

(٢) المرجع السابق ص ٢٤٥ هامش ١ ويسميه الفرنسيون « عقد انضمام Contrats d'adhesion » لأن من يقبل العقد انما ينضم اليــه دون أن يناقشه وقد ابتدع الفقيه « ســالى » هذه التسمية فى كتــابه الاعلان عن الارادة ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، ويسميه قانون الموجبات اللبنــانى فى المــادتين ١٦٧ ، ١٧٢ « عقد الموافقة » اشارة الى أن دور أحــد الطرفين فى ابرام العقد يقتصر على الموافقة على الشروط التى اســتقل بوضعها الطرف الآخــر .

● **حكم عقود الاذعان فى القانون :**

يذهب غالبيــة شراح القانون المدنى الى أن عقــد الاذعان عقد حقيقى يتم بتوافق ارادتين ويخضع للقواعــد التى تخضــع لها ســائر العقود ، فالارادة التعاقدية موجودة فى عقــد الاذعان أما المســاواة الاقتصادية بين الطرفين فليست بلازمــة ، ولا يشــترط قانونا لاتفاق الارادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد وموضوعه محل نقاش سابق أو من عمل الطرفين ، ومن ثم فصحة التراضى موجودة فى عقد الاذعان وأن ما يرضخ له المذعن لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادى لا أثر له فى صحة التراضى ولا يقتصر على عقــد الاذعان بل فى كل عقد آخر يتم بمجرد انضــمام من القــابل لا نقاش فيــه أو موافقته عليــه كما فى الشراء بأسعار محــددة من المحــال الكبرى مثلا . الا أنه خشية أن يدخــل الموجب شروط فى العقــد قد تكون جائرة بالنســـبة للطرف المذعن ومن ثم يكون من الضرورى أيضــا حماية الطرف المذعن اذا كنــا قد سلمنا بضرورات النظام الاقتصادى فى عقود الاذعان ، وهــذه الحماية تتحقق بتدخل من القــانون ومن جانب الجماعات التى يعنيها الأمر أكثر اذ يمكنها أن تصل مع الموجب الى « عقــد نموذجى » يتضمن شروطا تحقق مصلحة الطرفين ، وخير مثال لذلك عقود العمل الجماعى التى تتم بين نقابات العمــال وأرباب الأعمال بقصد تحديد الشروط التى بمقتضاها تبرم فى المستقبل العقود الفردية للعمل فى مهنة من المهن[١] .

وعقود الاذعان كثيرة فى الوقت الحاضر ومن أمثلتها :

التعــاقد مع شركات الكهرباء والمياه والغــاز ومصــالح البريد

(١) أنظر فى تفصيل الآراء فى طبيعة عقــد الاذعان : د . عبد المنعم الصدة : عقود الاذعان ــ رسالة ــ القاهرة ١٩٤٦ والمراجع المشــار اليها فيها فقرة ٩٩ وما بعــدها ، وعقــود الاذعان ــ رسالة ــ باريس ص ١٣٣ وما بعدها . لويس لوكا ــ الارادة والسبب ، رسالة ديجون سنة ١٩١٨ ص ٢٥٠ وما بعدها .

والتلغراف والتليفون وعقود النقل البرى والبحرى والجوى وغير ذلك ، فالقبول فى هـذه العقود اذعان اذ الموجب يعرض ايجابه فى شكل بات ونهائى لا يقبل مناقشـة فيه ، وفى نفس الوقت لا يسـع الطرف الآخر الا أن يقبل لأنه لا غنى له عن هذه التعاقدات ، لذلك اقتضت الضرورة أيضـا تدخل القانون لتحقيق الحماية المطلوبة للطرف المذعن فى طائفة من العقود كعقود العمل وعقود التأمين •

فالمـادة (١٤٩) مدنى مصرى تنص على أنه :

« اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هـذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقـا لمـا تقضى به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك »[١]•

وهـذا النص يعطى القاضى سلطة تقديرية واسـعة فى حمـاية الطرف المذعن اذ له أن يقـدر ما اذا كان الشرط تعسفيا فى ضـوء الظروف ومدى ما فى الشرط من جور ، وليس هناك من حدود لمـا يراه القاضى فى هذا الشـأن الا ما تقتضيه العدالة فى تقديره ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتمـل المعنى الذى أخـذ به بل ان للقاضى سـلطة الغاء الشرط التعسفى واعفاء الطرف المذعن منـه •

ولا يجوز للمتعاقدين أن يسلبا القاضى هـذه السـلطة لمخالفة هـذا الاتفاق للنظام العام ولو صح هـذا الاتفاق لتعطلت الحمـاية التى قصد اليها القانون من هذا الحكم[٢] •

---

(١) يقابل هذا النص م ١٤٩ ليبى و ١٥٠ سورى و ١٦٧ عراقى و ١٦١ كويتى و ١٣٨ سـودانى ولا مقـابل فى القانون اللبنـانى ولكن تنظر م (١٧٢) •

(٢) نقض مدنى مصرى جلسـة ١٩٦٠/٢/٢١ مجموعة المكتب الفنى السـنة ١١ ، ص ٣٣٠ ، جلسـة ١٩٦٢/١/٤ مجموعـة المكتب الفنى السنة ١٣ ص ٢٦ ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٢ ص ٢٩١ — ٢٩٤ •

وكذلك تنص المـادة (١٥١) مدنى مصرى على أن :

« ١ ـ يفسر الشك فى مصلحة المدين .

٢ ـ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضـة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن »[١] .

الأصل أنه عنـد الشك تفسر العبارة الغامضة لمصلحة المدين فى العقد ولكن يستثنى من هذا الأصـل عقـود الاذعان اذ يفسر الشك فيها لمصلحة الطرف المذعن دائنـا كان أو مدينا باعتبـار أن الموجب فى عقود الاذعان هو المتسـبب فى غموض العبـارة الغامضـة اذ ينفرد بتحرير العقد [٢] .

● **تعقيب :**

لقد تحدثنا عن عقـود الاذعان باعتبارها صـورة خاصة للايجاب والقبول وقد ثبت لدينا فيما تقدم أن التطور الحاصـل فى المعاملات الاقتصادية وما لابسها من ظروف الوقت والجهـد وشـدة الحرص عليهما فى الوقت الحاضر ، فكما يقولون نحن نعيش عصر السرعة وما أدى اليه ذلك أيضـا من حداثة المصطلحات ذاتها سـواء أطلقنا على هـذا النوع من العقود التى يحررها الموجب وفقا لمتطلبات مصـالحه ويقبلها الطرف الآخر دون مناقشـة « عقود الاذعان » وهو المصطلح الذى أصبح مستقرا وشائعا فى لغة القـانون والفقـه والقضـاء أم « عقود انضمام » أم « عقود موافقة » .

ولكن هذا لا ينفى أن الفقه الاسلامى تحدث فيـه الفقهاء بتفصيل واسع عن الاحتكار وتلقى الركبان وبيع الحاضر للبادى وهذه الصور

---

(١) يقابل م ١٥٣ ليبى وانظر أيضا م ١٥٠ ، ١٥١ فى هذا المعنى ، مـادة ٣/١٦٧ عـراقى وم ١٥٢ سـورى وم ١٦٠ ، ١٦١ كويتى و م ١٤١ سـودانى .

(٢) انظر مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٠٠ .

من البيوع تعبر عن جوهر ما يسمى بعقود الاذعان فى القانون الوضعى وفقهه فمن خصائص هذه العقود كما سبق أن الموجب يكون محتكرا لسلعة أو مرفق احتكارا فعليا أو قانونيا أو على الأقل يسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق .

ولكن الاستطراد فى شرح وبيان أحكام هذه البيوع فى الفقه الاسلامى مما يخرجنا عن نطاق المسألة المطروحة وهى توافق الايجاب والقبول ، فى العقود بصفة عامة مع بيان الصور الخاصة من العقود فى هذا الشأن دون التفصيل فى أحكام هذه العقود .

* * *

الشرط الثالث ـ اتصال القبول بالايجاب فى مجلس العقد وهو ما يعبر عنه بالارتباط بين الايجاب والقبول :

ومعنى ذلك أن يصدر القبول متصلا بالايجاب فى مجلس العقد دون أن يفصل بينهما فاصل وذلك اذا كان المتعاقدان حاضرين ، أما اذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا فيجب على الغائب بمجرد وصول الايجاب الى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالايجاب دون فاصل وعلى ذلك نتناول التعاقد بين حاضرين ، والتعاقد بين غائبين ، ومجلس العقد فى كلا الحالين .

● **التعاقد بين حاضرين ومجلس العقد :**

المقصود بمجلس العقد : يجب أن يكون الايجاب والقبول فى مجلس واحد ، وذلك بقصد تحديد المدة والوقت الذى يكون فيه المتعاقدان مشتغلين بالتعاقد ، فيستطيع من عرض عليه الايجاب أن يتدبر أمره دون تراخ .

والراجح عندى[1] ـ أن المراد باتحاد المجلس هو اتحاد الزمان

---

(١) يراجع فتح القدير شرح الهداية جـ ٥ ص ٧٨ وما بعدها ، بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٦ ص ٩٢ .

والوقت ، وقد جاء فى الهداية : وانما يمتد (خيار القبول) الى آخر المجلس لان المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر[1] .

وان كان بعض الفقهاء[2] يرى أن المراد باتحاد المجلس اتحاد المكان الذى ينشأ فيه العقد ، وعلى ذلك قالوا : لا ينعقد العقد بين ماشيين أو راكبين لشىء ولا يستطيعان ايقافه عن السير لأن المجلس يتغير بتغير المكان فصار مكان القبول غير مكان الايجاب فلا يحصل التلاقى بينهما .

ومجلس العقد قد جعل جامعا للشطرين (توقف الايجاب على القبول حكما فى مجلس العقد) مع تفرقهما للضرورة ، ولذلك اشترط الشافعية[3] الفورية فى القبول فاذا لم يصدر القبول فورا لا ينعقد العقد ، واعتبروا أن صدور أى عمل من الآخر فى مجلس العقد قبل اظهار رغبته يكون فاصلا ومانعا من تلاقى الايجاب بالقبول ومنهيا لمجلس العقد .

الا أنه لما كانت الفورية هذه قد تضيع على القابل فرصة التدبير والتأمل فقد قالوا بخيار المجلس ، فللقابل أن يرجع عن قبوله الفورى ما دام المجلس قائما لم ينقض ولم يمتد الى ما وراءه رعاية لجانب الموجب فى ذات الوقت .

أما جمهور الفقهاء[4] فلا يشترطون فورية القبول وانما يكون

---

(1) يراجع مصادر الحق ـ د. السنهورى ج ٢ ص ١٣ ، د. بدران ابو العينين ـ الشريعة الاسلامية ص ٣٧٣ ، ويعرف د . وحيد الدين سوار مجلس العقد بانه « الحال الذى يكون فيه العاقدان منصرفين الى التعاقد فى الفترة المبتدئة بالايجاب والمنتهية بالقبول وفى المكان » .

(2) يراجع بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٦ ، الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ١٢٧ ، مصادر الحق للسنهورى جـ ٢ ص ٢ .

(3) يراجع مواهب الجليل على مختصر خليل جـ ٤ ص ٢٥٠ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٧ ، المجموع جـ ٩ ص ١٨٩ ، نهاية المحتاج وحاشية الشبراويشى جـ ٣ ص ٣٨١ وما بعدها .

(4) يراجع نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٨ .

للقابل أن يقبل ما دام المجلس قائما وباقيا ، ولم يصدر من أحدهمـا ما يدل على الاعراض كالتكلم بكلام أجنبى عن العقـد ، أو النـوم أو القيـام وترك المكان الذى صـدر فيه الايجاب ، ففى كل هـذه الأحوال ينتفى مجلس العقد[1] .

أما اذا انقضى مجلس العقد دون قبول فقـد سـقط الايجـاب ولا يجوز للآخر أن يقبل بعد ذلك ، فان فعل عد قبوله ايجابا جديدا لا بد فيه من قبول المتعاقد الأول فى مجلس الايجاب الجديد .

* * *

● عقود مستثناة من اشتراط القبول فى مجلس الايجاب :

واشتراط كون القبول فى مجلس الايجاب ـ وبعبارة أخرى اتصال القبول بالايجاب فى مجلس العقد ، أى اشتراط اتحاد المجلس ـ جاء فى جميع العقود ما عدا العقود الثلاثة الآتية :

١ ـ الوصـية : فلا يشترط فى انعقادها القبول فى المجلس بل يكفى عـدم الرد بعـد موت الموصى ولا عبرة بالقبول أو الرد فى حال حياة الموصى لأنها تمليك مضاف لمـا بعد الموت .

٢ ـ الايصـاء : وهو جعل الغير وصيا على أولاده بعد وفاته ، ومن ثم يصح القبول ويرتبط بالايجاب ولو كان فى غير مجلس الايصاء ، اذ الموصى اليه لا يكون وصيا الا بعد وفاة الموصى .

٣ ـ الوكـالة : فيجوز أيضـا أن يكون القبـول فى غير مجلس الايجاب ، ومن هنا صح توكيل الغائب فاذا علم بالوكالة وقبل ، تم العقـد[2] .

* * *

---

(١) والأولى أن يحكم العرف فيما يكون اعراضـا أو فاصـلا بين الايجاب والقبول يكون قاطعا لمجلس العقد . وما لا يعتبر اعراضا فى عرف الناس لا يكون .

(٢) انظر مختصر احكام المعـاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٧٩ .

● **النتائج التى تترتب على مجلس العقد :**

اذا كان مجلس العقد قد جعل جامعا للشطرين — الايجاب والقبول — مع تفرقهما للضرورة[1] فتوقف الايجاب على القبول حكما فى مجلس العقد ، ما دام مجلس العقد قائما لم ينفض وقد ترتب على ذلك ما يأتى :

أولا — يكون للمخاطب بالايجاب خيار القبول[2] الى أن ينفض مجلس العقد على نحو ما تقدم فالقبول غير محتم . الا أنه يمتنع القبول بموت أحد الطرفين حتى ولو لم ينفض المجلس . فاذا مات الموجب فان الايجاب يسقط بموته ، أما اذا مات من وجه اليه الايجاب فلأن خيار القبول لا يورث وكذلك اذا فقد أحد المتعاقدين أهليته[3] .

ثانيا — يكون للموجب خيار الرجوع عن ايجابه الى أن يصدر القبول أو ينفض المجلس وعلى ذلك جمهور الفقهاء[4] .

ولا يترتب على الرجوع أى التزام شرعا ، لأنه قد استعمل حقه من غير أن يلحق بالآخر ضررا ، ولأنه يملك حق الرجوع عن ايجابه به ما دام الآخر لم يقبل ورجوعه عن ايجابه والحالة هذه لا يترتب عليه ابطال حق القابل لأن الموجب هو الذى أثبت له هذا الحق بسبب ايجابه

---

(١) انظر بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٦

(٢) انظر فتح القدير شرح الهداية جـ ٥ ص ٧٨ وما بعدها ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٧ ، ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٩ ، الحطاب جـ ٤ ص ٢٤٠ .

(٣) خالف الاباضية فى موت أحد الطرفين أو فقد اهليته اذ يذهبون الى أن الموت وفقد الاهلية لا يمنعان القبول ، اذ يقوم خليفته مقامه فى القبول ، راجع كتاب النيل جـ ٢ ص ١١ .

(٤) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٤ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٧٨ ، الفتاوى الخالية جـ ٢ ص ١٣٠ وما بعدها ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٨

ومن ثم يكون له هـذا الحق فى سحب هـذه الولاية كما فى الوكالة ، فان الموكل يملك عزل الوكيل كمـا أن الموجب صاحب حـق الملك ، وبايجابه قد أثبت للآخر حق التملك وحق الملك أقوى من حق التملك لأن الثابت للقابل حق التملك لمـا وقع عليـه الايجاب وهو مملوك للموجب ملكا حقيقيا ، فلو لم يكن له حق الرجوع لكان فى ذلك ابطال حقيقة الملك وهو الأقوى بحق التملك وهو أضعف وهو ما لا يجوز ، اذ دلالة الاجمـاع تمنـع من ذلك ، ولأن الموجب لم ينشىء التزاما مطلقا بل مقيدا لقبول الطرف الآخر ، ومعلقا عليـه فما دام لم يتحقق القبول لم يكن هنـاك التزام[1] . وكذلك يسقط الايجاب بانفضاض المجلس دون أن يصدر القبول ، وبموت أحد المتعاقدين أو فقد أهليته قبل صدور القبول .

واذا صـدر القبول ، وفى الوقت ذاته رجع الموجب عن ايجابه أى تعاصر صـدور القبول ورجوع الموجب ، فان الرجوع يصـح ، ولا يتم العقد ، فقد جاء فى الفتاوى[2] : « ولو قال البائع بعد الايجاب: رجعت ، فقال المشترى معا : قبلت ، كان الرجوع أولى » .

وجاء فى الفتاوى الهندية[3] :

« لو قال البائع : بعت ـ وقال المشترى : اشتريت ، وقارنه الآخر بـ : رجعت ، ان كانا معا لا يتم البيع . وان عاقبه البائع بـ : رجعت ، تم ، كذا فى الوجيز للكردى » .

الا أن المـالكية خالفوا الجمهـور فى ذلك وفرقوا بين عقـود المعاوضات وعقود التبرعات :

---

(1) قال الكاسـانى فى بدائع الصنائع (جـ ٥ ص ١٣٣) : ولأن أحـد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبورا على ذلك الشطر وهذا لا يجـوز .

(2) الجزء الثانى ص ١٣٠ ، ١٣١

(3) الجزء ٣ ص ٨ .

ففى عقود التبرعات يكون الموجب ملتزما بايجابه ، لأنها معروف والمعروف يلزم من أوجبه على نفسه سـواء أشهد على ذلك أو لا فى الصحيح من المذهب .

وفى عقود المعاوضـات اذا كان الايجاب بصيغة المـاضى ، فانه لا يجوز الرجوع فيه حتى يقبل الطرف الآخر أو يرفض ، أما اذا كان الايجاب بغير صيغة المـاضى ، فانه يملك الرجوع قبل قبول الآخر[1] .

* * *

● **عقود يلتزم فيها الموجب بايجابه ما لم يرفض الطرف الآخر :**

وهى عقود اشتمل الايجاب فيها على معنى لا يقبل الرجوع وهى : الخلع ، والعتق على مال ، وتمليك المرأة أمر نفسها . فاذا صدر الايجاب من الزوج المخالع والسيد المعتق لا يصح منهما الرجوع لأن الخلع يمين من جانب الزوج ، والعتق على مال كذلك يمين من جانب السـيد ، واليمين التزام لا يصح الرجوع فيه .

أما تمليك المرأة أمر نفسـها ، فان الزوج يتقيد بذلك ما دامت المرأة فى المجلس ولا يجوز له الرجوع فيه لأنه طلاق معلق على قبولها أى اسقاط معلق .

والاسقاطات المعلقة لا يجوز الرجوع فيها .

* * *

● **خيار المجلس :**

معنـــاه : أن لكل من المتعاقدين حق الرجوع عن العقد ، الى حين انفضاض المجلس ، ويستقل فى ذلك بارادته وحـدها[2] رضى الطرف الآخر أو لم يرض .

---

(1) راجع الدسـوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٤ ، الحطـاب جـ ٤ ص ٢٤٠ .

(2) الوجيز جـ ١ ص ١٤٠ ، المهذب جـ ١ ص ٢٥٧ وما بعدها ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٢٥٦ .

وقد اختلف الفقهاء بشأنه ، فمنهم من يقولون به، ومنهم من ينكرونه .

اولا ــ القائلون بخيار المجلس وحججهم :

الشافعية والحنابلة : يثبتون خيـــار المجلس [1] ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان .

وينقطع خيـــار المجلس ويصبح العقــد باتا لا رجوع فيه لأحــد الأمور الآتيــة :

١ ــ انفضاض المجلس والتفرق بالأبدان :

والمرجع فى التفرق الى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدونه تفرقا ، ويغلب بأن يكون ببعد الصاحب عن صاحبه بحيث لا يسمع كلامه الذى يتكلم به فى العادة .

ويشترط فى التفرق أن يكون طبيعيا لا تعمد فيه ولا اكراه ، وقيل بل ينقطع خيار المكره وغير المكره ، لأن الخيار غايته التفرق وقد وجد ، ولأن المكره كان يمكنه أن يفسخ بالتخاير فاذا لم يفعل فقــد رضى باسقاط الخيار ، ولأنه لا يعتبر رضا المتعاقد فى مفارقة صاحبه له فكذلك مفارقته لصاحبه ، وان أكرها جميعا انقطع خيارهما[2] .

٢ ــ التخـــاير :

بأن يقول أحــد المتعاقدين للآخر قبل أن يتفرقا بأبدانهما : اختر امضاء العقــد أو فسخه ، فيقول الآخر : اخترت امضاءه ، أو فسخه . وبذلك يبت المتعاقدان فى مصير العقــد ، وان سكت المسئول لم ينقطع خياره ، ومن خير صاحبه من الطرفين ينقطع خياره اذ بسؤاله اســقاط لخيار نفســه ، وقد يختار أحــد المتعاقدين من تلقاء نفســه امضاء

---

(١) وهذا ما يميزه عن التقابل ، اذ لا يكون الا بتوافق ارادتين .

(٢) يراجع المغنى جـ ٤ ص ٦ وما بعدها و جـ ٣ ص ٥٦٥ وما بعدها، المجموع جـ ٩ ص ١٨٦ ومابعدها ، نهاية المحتاج وحواشيه جـ ٤ ص ٣ وما بعدها . ويثبت ابن حزم خيار المجلس ، انظر المحلى جـ ٩ ص ٢٩٥

العقـد دون أن يخبره صاحبه ، فيلزم العقـد فى حقه وحده ويبقى الخيار للمتعاقد الآخر •

٣ – موت احد المتعاقدين قبل التفرق وانفضاض المجلس يبطـل خياره عند أحمـد :

فالخيار لا يورث ، وكذلك يبطل خيار من بقى من الطرفين حيا • والأصح عند الشـافعى أن موت المتعاقد لا يبطل خياره فيثبت للوارث قياسا على خيار الشرط • أما فقد أحـد الطرفين لأهليته قبل التفـرق بأن جن مثلا فلا يفقـده خياره ، بل يثبت للولى أو القيـم أو الحـاكم •

* * *

● هل يجوز النزول عن خيار المجلس عند التعاقد ؟

الصحيح فى مذهب الشـافعى عدم جواز النزول عن خيار المجلس ابتداء عند التعاقد لأنه خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز اسقاطه قبل تمامه كخيار الشفيع •

ويرد فقهاء الحنابلة على ذلك[1] بأن القول باسقاط خيار المجلس ابتداء هو اسقاط للخيار قبل سـببه غير صحيح – فان سبب الخيار هو البيع المطلق •

أما البيع مع التخاير فليس بسبب له ، وأما الشفيع فانه أجنبى عن العقد ، فلم يصح اشتراط اسقاط خياره فى العقد •

والأصل أن الخيار جعل من باب الرفق بالطرفين فجاز لهما تركه •

ويستدل الشـافعى وأحمد فى اثبات خيار المجلس بما يأتى :

١ – ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيـار ما لم يتفرقا » ، وروى أن ابن عمر كان اذا بايع أحدا وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مشى قليلا ثم رجع •

---

(١) انظر المغنى جـ ٤ ص ٦ وما بعدها .

٢ ــ أن الآثار وعرف النــاس جعل تفرق المجلس دليلا على عزم عقــده التصرفات المــالية • وعلى انتهــاء التردد المــانع للزوم فكان العاقدان بالخيار ما لم يتفرقا [١] •

ثانيا ــ المــانعون لخيار المجلس :

لقد منع الحنفية والمــالكية خيار المجلس[٢] ، فالعقد عندهم متى تم فى مجلسه بصــدور القبول امتنع على أى من المتعاقدين أن يرجع بعد ذلك لأن صفة العقد الالزام ، ولا الزام اذا أجيز لأى منهما الرجوع هــذا وان تراخى القبول الى نهاية المجلس •

وبذلك يتسع الوقت للطرفين فى التدبر ، وما فاته بانعدام خيار المجلس يتحقق بالتراخى فى القبول لكن متى صدر القبول لزم العقد فلا يثبت خيار المجلس من الطرفين واستدلوا لرأيهم بما يأتى :

١ ــ أنه بعد أن يتم العقد باقتران القبول بالايجاب يجب الوفاء به فقد جاءت بموجب الوفاء بالعقود نصوص قاطعة فى ثبوتها ودلالتها مثل قوله تعالى : ﴿ **يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود** ﴾ **(٣)** •

وبتحقق العقــد يجب الوفاء ، وخيار المجلس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقــد • وذلك مخالفة لنصوص القرآن الذى أوجب الوفاء بمجرد العقــد •

كمــا أنه لا شك فى أن الحديث الذى احتج به القائلون بخيــار المجلس غير متواتر ولا يصل الى مرتبة النص القرآنى الصريح فيجب الأخــذ بالقرآن ورد الحــديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليــه القرآن • وذلك كله اذا خلا العقد من خيار الشرط ، وخيار الوصف ،

---

(١) انظر الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة ص ٢٠٨
(٢) انظــر الفروق جـ ٣ ص ٢٦٩ وما بعــدها ، المدونة جـ ١٠ ص ٢٠ ، فتح القدير وشرح العناية جـ ٥ ص ٨١ وما بعدها .
(٣) المــائدة : ١

وخيـــار العيب ، وخيار الرؤية ، ولم يكن من العقــود التى يجوز الرجوع فيها كالوكالة .

٢ ــ أن الرضـــا أســـاس عقود المعاوضات المـــالية ــ ومناط الأحكام التى تثبتها تلك العقود ، والقول بخيـــار المجلس وتأخير أثر العقد الى نهاية المجلس اهمال لمعنى الرضـــا الذى دل عليـــه وجـــود الايجاب والقبول ــ ومن ثم تحقق العقـــد وكان عـــدم ثبوت أحكام العقد حتى نهاية المجلس دليل على أن الرضـــا لا يكفى لانشـــاء العقد فى الوقت الذى يعتبر فيه الرضـــا مناط الأحكام التى تثبتها العقود ، على نحو ما تقدم وفى ذلك يقول الله تعالى :

﴿ يا ايها الذين آمنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل ، الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ﴾(١) .

والتجارة تشمل كل عقود المعاوضات المـــالية .

٣ ــ القياس : استدلوا أيضا بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة والخلع والرهون ونحو ذلك ، وهى عقود اتفق الجميع على عدم اثبات خيار المجلس فيها (٢) .

* * *

(١) النســـاء : ٢٩

(٢) يراجع بداية المجتهـــد ونهاية المقتصـــد لابن رشـــد جـ ٢ ص ١٣٩ ــ ١٤١ .

الفـــرع الثـــانى : فى القـــانون الوضعى وفقهـــه

● **اقتران القبول بالايجاب فى القانون الوضعى وفقهه :**

الارتباط بين الايجاب والقبول فى الفقه الاسلامى يتحقق بالاتصال بينهما وبذلك يكون الايجاب قائما لم يسقط الى أن يتصل به القبول ، وأن يكونا متوافقين وأن يضمهما مجلس العقد ، وأن يحصـــل العلم بالايجاب والقبول •

وشرط اتصال الايجاب بالقبول عبر عنـــه فقهاء القانون أحيـــانا باقتران القبـــول بالايجاب ، وأحيـــانا بتوافق الارادتين ، ولمـــا كان الاصطلاح الأول وهو اقتران القبول بالايجاب هو المترجح لدينا لسبق بيان توافق الارادتين كشرط من شروط التراضى فاننا سنؤثر استخدام مصطلح اقتران القبول بالايجاب ونحن نتحـــدث عن موقف القـــانون الوضعى وفقهه من هـــذا الشرط وهو اتصـــال الايجـــاب بالقبـــول وارتباطه به •

تنص المـــادة (٩١) من القانون المدنى المصرى على أن :

« ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصـــل فيه بعلم من وجه اليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »[١] •

وفى هذا الخصوص يتعين بيان الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الارادة أثره ســـواء أكان ايجابا أو قبولا •

---

(١) يقابل هذا النص م ٩١ ليبى و م ٧٨ عراقى و م ٧٥ سودانى ولا مقابل له فى اللبنانى والسورى •

هنا يميز فقهاء القانون بين نوعين من التعبير[1] :

(أ) تعبير « واجب التسليم Receptice » وهو الذى لا يتحقق أثره الا اذا وصل الى علم من وجه اليه سواء أكان ايجابا أو قبولا ، وهذا أكثر ما يكون فى العقود ومؤدى ذلك أن التعبير من وقت العلم به يعتبر قائما لا يجوز العدول عنه ، فاذا كان التعبير ايجابا فلا ينتج أثره الا اذا وصل الى علم من وجه اليه ، والأثر هنا هو صلاحية الايجاب لأن يقترن به القبول . واذا كان التعبير قبولا فلا ينتج أثره كذلك الا اذا وصل الى علم الموجب [2] . والأثر هنا اقتران القبول بالايجاب ومن ثم تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين كما نصت عليه المـادة (٨٩) مدنى مصرى السـابق بيانها .

(ب) تعبير « غير واجب التسلم Non Receptice » وهو الذى يكون من غير الضرورى أو ليس من شأن التعبير أن يوجه الى شخص معين بالذات حتى يتحقق أثره اذ يتحقق أثره بمجرد التعبير كمـا فى الوصية والوعد بجائزة وعلى هـذا الأساس أخـذ القـانون المصرى بنظرية العلم فى التعاقد بين غائبين كما سيأتى .

وقد اعتبر القانون وصول التعبير قرينة على العلم به حتى يخفف عن موجه التعبير عبء اثبات العلم وهو أمر قد يتعذر اثباته ولكن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة فيجوز لمن وجه اليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به على الرغم من وصوله .

* * *

● أثر الموت وفقد الأهلية على التعبير عن الارادة فى القانون المصرى :

تمشيا مع انحياز القانون المدنى المصرى الى حد ما الى الأخـذ بالارادة الظاهرة لدواعى استقرار المعاملات فقد نصت المـادة (٩٢)

---

(١) انظر فى تفصيل هذا التمييز : د. عبد الحى حجازى ـ مصادر الالتزام ص ١٤٦ وما بعدها .

(٢) انظر : د . حشمت ابو ستيت ـ المرجع السابق فقرة ٨٤ .

منه على أنه « اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير اثره فان ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هـذا ما لم يتبين العكس من التعبير او من طبيعه التعامل »[1] •

وفي صدد هذا النص يتم التمييز بين حالتين هما[2] :

(أ) حالة موت او فقد أهلية من صدر منه التعبير :

وقد يكون التعبير صـدر من الموجب أو من القابل :

١ ــ اذا كان التعبير قد صدر من الموجب ثم مات أو فقد أهليته قبل أن يصل الايجاب الى علم من وجه اليه •

هنا يذهب فريق من الفقهاء الى أن الايجاب يستمر حتى اذا وصل الى علم من وجه اليـه أنتج أثره اذ يستطيع ان يقبل ولكن العقـد لا يتم لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره اذ لن يصـل الى علم من وجه اليـه بعد أن مات أو فقد أهليته فيبقى الايجـاب دون قبول ولا يتم العقـد[3] •

ويذهب فريق آخر من الفقهاء الى أن الايجـاب يبقى وينتج أثره اذا وصـل الى علم من وجه اليـه وأنه اذا قبل فان العقـد يتم لأن ورثة الموجب أو من يمثله يحلون محله فى العلم بالقبـول ويرتبطـون بالعقـد[4] •

وكل هذا ما لم يتبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن شخصية الموجب محل اعتبار خاص ففى هـذه الحالة لا يتم العقد[5] •

---

(١) يقابل هذا النص م ٩٢ ليبى وم ٧٦ سودانى ولا مقابل له فى السورى والعراقى واللبنانى •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٩ ــ ٣٥

(٣) د. السنهورى ــ المرجع السابق ص ٢٠١ ــ جلال العدوى ــ مبادىء الالتزامات ص ١٥٠

(٤) د. عبد المنعم الصدة ــ المرجع السابق ص ١٠٦ •

(٥) د. سليمان مرقس ــ المرجع السابق فقرة ٨١

٢ — اذا كان التعبير قد صدر من القابل ثم مات أو فقد أهليتـه ففى هـذه الحالة يبقى التعبير وينتج أثره اذا وصـل الى علم الموجب فينعقد العقد ، وذلك ما لم يتبين من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شـخص القابل محل اعتبار فان العقد لا يتم .

(ب) حالة موت أو فقد أهلية من وجه اليه التعبير :

هذه الحالة تتناولها المـادة (٩٢) مدنى مصرى السابق ذكرها وفيها يجرى التمييز بين الحالات الآتية :

١ — اذا كان التعبير ايجابا موجها الى شـخص مات أو فقـد أهليته قبل العلم به فان العقد لا ينعقد ولا يجوز للورثة أو لمن ينوب عنـه أن يحلون محله فى القبول .

أما اذا كان التعبير قبولا موجها الى شـخص (الموجب) مـات أو فقد أهليته قبل العلم به فان العقد ينعقد اذا وصل القبول الى علم ورثة الموجب أو من ينوب عنه على الرأى الراجح على نحو ما سـبق بيـانه .

٢ — اذا كان التعبير ايجابا موجها الى شـخص مات أو فقـد أهليته بعـد العلم به فان العقد لا ينعقد ولا يحق للورثة أو لمن ينوب عنـه أن يحلوا محله فى القبول[1] .

أما اذا كان التعبير قبولا ومات من وجه اليـه هـذا القبـول (الموجب) أو فقـد أهليته بعد العلم به فان العقد يكون قد تم فى هـذه الحالة ويجب على الورثة أن يقوموا بتنفيذه فى الحـدود التى يلتزمون فيها بعقود مورثهم ولكن العقـد لا يتم اذا تبين من الايجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار فاذا قصـد الموجب وبان هـذا القصـد فى ايجابه صراحة أو ضمنا أن العقـد

---

(١) عكس ذلك د. سليمان مرقس — المرجع السابق فقرة ٨٢ .

لا يتم الا مع القابل بالذات أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصيا فان القبول يسقط بموت القابل أو فقد أهليته(١) .

* * *

● **الايجاب الملزم** :

تنص المادة (٩٣) من القانون لمدنى المصرى على أنه :

« ١ ـ اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى آن ينقضى هذا الميعاد .

٢ ـ وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة »(٢) .

وعلى هذا الأساس من النص يكون الايجاب ملزما اذا كان مقترنا بميعاد صريح أو ضمنى ، والميعاد الضمنى يستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة كأن يكون موضوع الايجاب شيئا تحت التجربة ومن ثم يلزم البقاء على الايجاب طوال المدة اللازمة للتجربة أو يكون الايجاب موجها لشخص غائب فيظل الموجب ملتزما بايجابه الى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب ، وفى المناقصات يلتزم مقدم العطاء بالبقاء على ايجابه الى الوقت الذى تفض فيه المظاريف ففى هذه الصور يوجد ميعاد ضمنى تقضى به طبيعة المعاملة وظروفها .

وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى(٣) ويبقى الموجب ملتزما بالبقاء على ايجابه المدة التى حددها ما لم يكن قد سقط برفض الطرف الآخر قبل انقضاء هذه المدة ومن ثم فان رجوع الموجب

---

(١) د. السنهورى ـ المرجع السابق ص ٢٠٠ ـ مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣١ .

(٢) يقابله م ٩٣ ليبى وم ٩٤ سورى وم ٨٤ عراقى وم ١٧٩ لبنانى وم ٧٧ سودانى وم ٦٩ كويتى وم ٣٣ تونسى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٧ .

لا يترتب عليه أثر بحيث اذا صـادف الايجاب قبولا قبل حلول الميعاد انعقد العقد والا انتفى مقتضى التزام الموجب بالبقاء على ايجابه .

* * *

● **سقوط الايجـاب :**

الايجاب بوصفه تعبيرا تعاقديا عن الارادة يجوز الرجـوع فيـه فى أى وقت ما لم يقترن بمدة للقبـول صريحة أو ضمنية وفى جميـع الحالات وذلك قبل أن يصـل الى علم من وجه اليـه أى ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومعنى ذلك أن حالات سقوط الايجاب لا تكون الا بعد أن يكون قد وصل الى علم من وجه اليه ، وهنا يجب التفريق بين حالتين :

الأولى ـ الايجاب قائم ولكنه غير ملزم :

وهذا لا يتصور الا فى حالة التعاقد بين حاضرين فى مجلس العقد وسقوط الايجاب هنا يكون :

ـ اذا عدل عنه الموجب قبل انفضاض مجلس العقد وقبل اقتران القبـول به .

ـ اذا انفض المجلس ولو لم يعدل الموجب عن ايجابه ولم يقترن به قبـول .

ـ أن يرفض الموجب له الايجاب سواء أكان رفضا مجردا أو كان قبولا اقترن بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيـه وقد يكون ايجابا جديدا يعارض الأول .

الثانية ـ الايجاب القائم الملزم :

وهذا الايجاب يسقط فى الحالات الآتية :

ـ انقضاء مدة لزوم الايجاب ، وفى هذه الحالة يصبح الايجاب غير قائم وينتهى الزامه فى وقت واحد[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٣٦

ـ أن يرفض الموجب له الايجاب فيسقط حتى ولو لم تنقض المدة التى يكون فيها ملزما •

فرفض الموجب له للايجاب يسقط الايجاب فى جميع الحالات أى سواء أكان الأيجاب ملزما أو غير ملزم •

واذا سقط الايجاب لأى سبب من الأسباب السابقة فكل قبول بعد ذلك لا يعتد به على أنه قبول لايجاب سابق ، ولكنه يعتبر ايجابا جديدا موجها لمن صدر منه الايجاب الأول الذى سقط ، فاذا قبله من وجه اليه انعقد العقد •

وبعد هذه الجولة الاستطرادية فى بيان مسألة الوقت الذى ينتج منه ووجه اليه التعبير فى التعبير ، ومسألة الايجاب الملزم وغير الملزم فيه التعبير عن الارادة أثره ، ومسألة أثر موت وفقد أهلية من صدر وحالات سقوطه ، بعد كل ذلك تتحرر المسألة الأساسية فى البحث وهى اتصال الايجاب بالقبول وارتباطهما كشرط من شروط الصيغة فى الفقه الاسلامى وشرط من شروط التراضى أو التعبير عن الارادة فى القانون وفقهه ، وفى هذا الخصوص يذكر فقهاء القانون أن التعاقد اما أن يتم بين حاضرين فى مجلس العقد أو بين غائبين ، وسنتحدث عن هاتين الحالتين :

١ ـ حالة ما اذا ضم المتعاقدين مجلس واحد •

٢ ـ حالة التعاقد فيما بين الغائبين •

أولا ـ التعاقد بين حاضرين فى مجلس العقد

اذا كان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ولم يقترن الايجاب بزمن للقبول ، فان الايجاب يبقى قائما ويجوز أن يقترن بالقبول ما دام مجلس العقد لم ينفض •

- **مجلس العقـــد :**

تنص المـادة ٩٤ من القانون المدنى المصرى على أنه :

« ١ – اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعـاد القبول ، فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلك الحال اذا صـــدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

٢ – ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصـــدر القبول فورا اذا لم يوجـد ما يدل على أن الموجب قـد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صـــدر قبـل أن ينفض مجلس العقـد »[1] .

ومجلس العقد الذى يكون التعاقد فيه بين حاضرين يقصد به :

أن يكون الطرفان على اتصـــال مباشر بحيث لا تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به[2] ، أو هو الفترة الزمنية التى تكون بعـد الايجاب والطرفان فيها مقبـلان على التعاقـد دون اعراض عنـه من أحدهما وذلك ما لم يعين الايجاب موعـدا للقبول ، فاذا عين له موعدا فالعبرة للموعد لا لمجلس العقد[3] .

ويتحقق ذلك عادة باجتماع الطرفين فى مكان واحد فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حقيقة ، وقد يتحقق ذلك رغم اختلاف مكان كل من الطرفين اذا كان بينهما اتصـــال مباشر يجعل الموجب يعلم بالقبول

---

(١) يقابل هذا النص م ٩٤ ليبى وم ٩٥ سورى وم ٨٢ و ٩٨ عراقى وم ٨٣ لبنانى وم ١٠٩ ، ١١٣ كويتى وم ٢٧ تونسى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة – المرجع السابق ص ١٣٩ .

(٣) أنور العمروسى – المرجع الســابق ص ٢١٥ .

فور صدوره وذلك اذا كانا متصلين بطريق التليفون أو بطريق آخر مماثل فيكون مجلس العقد حينئذ قد اتحد حكما .

ويظل مجلس العقد بهذا المعنى قائما طالما كان الطرفان منشغلين بعملية التعاقد ، وينفض اذا صرف المتعاقدين أحدهما أو كليهما عن التعاقد شاغل آخر حتى ولو ظلا يجمعهما مكان واحد .

* * *

● قاعدة فورية القبول فى القوانين الحديثة :

اذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكما فالأصل أو المبدأ العام أن من يوجه اليه ايجاب لم يعين فيه ميعاد للقبول يجب عليه أن يصدر قبوله فورا بمجرد صدور الايجاب حتى يرتب أثره والا كان للموجب أن يتحلل من ايجابه ويعتبر أن الطرف الآخر قد رفضه فسقط[1] .

وهذا المبدأ المأخوذ به فى القوانين الحديثة يقتضى أن الايجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط وما يترتب على ذلك من ضيق وحرج شديد لا ينسجم ومتطلبات واقع المعاملات .

* * *

● الأخذ بالشريعة الاسلامية فى اتحاد مجلس العقد :

نظرا للعنت والضيق والحرج الذى تسببه قاعدة الفورية السابقة أخذ القانون المدنى المصرى وأغلب القوانين العربية بما ذهب اليه الفقه الحنفى على وجه الخصوص ، وبنظرية الشريعة الاسلامية كما تعبر بذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى والتى جاء فيها : « ان الايجاب اذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره

---

(١) م ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى وم ١/١٤٧ من التقنين الالمانى وم ٢٣ من القانون المدنى المغربى التى تنص على أن « الايجاب الموجه لشخص حاضر من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن اذا لم يقبل على الفور من الطرف الآخر ويسرى هذا الحكم على الايجاب المقدم من شخص الى آخر بطريق التليفون » .

وينزل الايجاب الصادر من شخص الى آخر بالتليفون أو بأية وسـيلة مماثلة منزلة الايجاب الصادر الى شخص حاضر .

وقد أخذ المشروع فى هذه الصـورة عن المذهب الحنفى قاعـدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت ، اذا لم يصـدر قبـل افتراق المتعاقدين ما يفيد عـدول الموجب عن ايجابه فى الفترة التى تقع بين الايجاب والقبول ، وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الاسلامية فى اتحـاد مجلس العقد »[1] .

وعلى ذلك فاذا اتحد مجلس العقد وأصـدر الموجب ايجابا فليس من الضرورى لتمام العقد أن يكون القبول فور صـدور الايجـاب وانما يستطيع الموجب له أن يتدبر أمره فترة من الزمن ثم يقبل ، ويكون قبوله صحيحا بشرطين هما :

(أ) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بعملية التعاقد .

(ب) أن يبقى الموجب على ايجابه فلا يرجع عنـه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائما وهو ما يعبر عنـه بأن يظل الايجاب قائما .

وعلى هذا النحو اذا صدر القبـول قبـل أن ينفض المجلس يتم العقـد ومع ذلك يكون الموجب له بالخيار بين قبول الايجاب أو رفضه فلا تحتيم فى القبول ولكن رفض التعاقد أو رفض الايجاب قد تكتنفه ظروف وملابسـات تجعل الموجب له ملزما بالقبول والا كان مسـئولا عن تعويض الضرر الناشىء عن هذا الرفض مسئولية تقصيرية[2] .

ويتحقق ذلك فى حالة ما اذا كان الموجب له هو الذى دعا الموجب

---

(١) الكاسانى جـ ٢ ص ٤٢ .

(٢) نصت على هذه الحالة المـادة ٢/١٨١ من قانون الموجبـات اللبنـانى .

الى التعاقد معه والتطبيقات العملية لذلك كثيرة كالتجـار فى النشرات والاعلانات وقوائم الأسـعار التى يوجهونها الى الجمهور وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق وكأرباب الصناعات يدعون العمال الى العمـل فى صناعاتهم فاذا اسـتجيبت هـذه الدعـوة الى التعاقد كانت الاستجابة ايجابا لا يجوز لمن وجه اليه أن يرفضـه لغير سـبب مشروع[1] .

* * *

ثانيا — التعـاقد بين غائبين ومجلس العقـد

اولا — فى الفقه الاسـلامى :

مجلس العقد فى التعاقد بين غائبين هو محل وصـول الكتـاب أو تبليغ الرسـالة من الرسول .. وقد جاء فى الهداية[2] :

« والكتاب كالخطاب وكذا الارسـال ، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسـالة » .

● **متى يتم العقد فى التعاقد بين غائبين :**

يقول ابن عابدين[3] : « صورة الكتابة أن يكتب : أما بعد ، فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا ، فلمـا بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك : اشتريت . تم البيع بينهما » .

ويقول الكاسانى[4] : « أما الرسـالة فهى أن يرسـل رسـولا الى رجل ويقول للرسول : انى بعت عبدى بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة فقال المشترى فى مجلسه ذلك : قبلت . انعقد العقد » .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٤٥ فى الهامش ، د. محمد لبيب شنب ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) انظر فتـح القـدير جـ ٥ ص ٧٨ ، ٨٢ ، ابن عابدين جـ ٢ ص ١٤ ، ١٥ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٩ ، الفتاوى البزازية جـ ٤ ص ٣٦٦ .

(٣) جـ ٤ ص ١٤ ، ١٥ . (٤) البدائع جـ ٥ ص ١٣٨ .

ونخلص الى أن العقد ينعقد بمجرد القبـول واعـلانه طالما لم يرجع الموجب عن ايجابه أى كان الايجاب باتا[1] .

وللمتعاقد الذى بلغه الايجاب بالكتابة أو الرسالة خيـار القبول فى مجلس العقـد ـ فاذا انتهى المجلس سـقط الايجاب ، ومن ثم لا يصح القول بعد ذلك .

على أنه اذا كان الايجاب كتابة ـ وقرأه المتعاقد الآخـر ، ولم يجب حتى انفض المجلس ثم أعاد قراءته مرة أخرى فى مجلس آخر ـ وقيل تم العقـد لأن الكتاب باق وتكون قراءته فى المجلس الثـانى بمثابة ما لو تكرر الايجاب[2] .

وكذلك يجوز للموجب أن يرجع عن ايجابه قبل قبـول الطرف الآخر فى التعاقد ، وقبل بلوغ الكتاب أو الرسالة سـواء علم أو لم يعلم ـ كمـا لا يشترط علم الرسول بالرجوع[3] .

ثانيا ـ فى القانون الوضعى وفقهه :

التعاقد بين غائبين هو الذى لا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد بحيث تكون هنـاك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فهذه الفترة الزمنية هى التى يترتب عليها التمييز فى التعـاقد بين غائبين والتعاقد بين حاضرين فى مجلس العقد .

والتعاقد بين غائبين يتم بالمراسلة أو بأى طريق من طرقها المختلفة كالبريد أو البرق أو رسـول خاص لا يكون نائبا أو غير ذلك .

* * *

---

(١) أنظر أيضا الشرح الكبير مع الدسوقى جـ ٣ ص ٣ ط الاستقامة بمصر ، بلغة السـالك جـ ٢ ص ٣٤٣ ط عيسى الحلبى بالقاهرة ، المجموع جـ ٩ ص ١٦٧ ط شركة العلماء ، الانصـاف جـ ٤ ص ٢٦٠ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٦١ .

(٢) مصادر الحق جـ ١ ص ٢٩ .

(٣) انظر البنانى فى حاشية على الزرقانى على الشيخ خليل جـ ٥ ص ٦٥ ـ اذ يشترط سماع الايجاب من المتعاقد الآخر ـ الكاسانى جـ ٥ ص ١٣٨ ، الشلبى على الزيلعى جـ ٤ ص ٤ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٧٩ .

● **تحديد زمان العقد ومكانه واهمية ذلك التحديد :**

اذا كان الذى يميز التعاقد بين غائبين هو الفترة الزمنيـة التى تفصل بين صـدور القبول وعلم الموجب به فانه يتعين تحـديد زمان ومكان انعقاد العقد ـ فى هذه الحالة ـ لمـا يترتب على ذلك من نتائج هامة على النحو التالى :

(ا) اهمية تحديد زمان انعقاد العقـد :

١ ـ تظهر تلك الأهمية فى تحديد الوقت الذى ينتج فيه العقـد آثاره •

٢ ـ لتحديد آثار استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقـد تبعا لمـا اذا كانت هذه الاستحالة قد تمت قبل انعقاد العقد أم بعـد ذلك •

٣ ـ لتحديد نطاق سريان القوانين الجديدة على العقود •

٤ ـ لتحديد بدء سريان تقادم الالتزام المترتب على العقد •

٥ ـ لتحديد الوقت الذى لا يستطيع الموجب بعده أن يعـدل عن ايجابه اذا كان الايجاب غير ملزم •

٦ ـ فى تحديد وقت الطعن على العقد الصـادر من المدين وذلك فيما يتعلق بالدعوى البوليصية •

٧ ـ لتحديد وقت نفاذ العقود التى صدرت من تاجر شهر افلاسه فى حق الدائنين •

(ب) وتظهر اهمية تحديد مكان انعقاد العقد فيما ياتى :

١ ـ فى تحديد القانون الدولى الخاص الواجب التطبيق اذ يتحدد بمكان انعقاد العقد (م ٢٠ مدنى مصرى وكذلك ١٩ مدنى مصرى) •

٢ ـ فى تحديد المحكمة المختصـة مكانيا بنظر بعض المنازعـات الخاصة بالعقود المتعلقـة بمواد تجـارية أو بتوريدات أو مقـاولات أو أجـور مساكن أو عمال أو صناع (م ٥٥ وم ٥٦ مرافعات مصرى) •

ويلاحظ أن القاعـدة التى تحدد زمان انعقاد العقد بوقت معين هى قاعـدة مكملة لارادة المتعاقدين بمعنى أنها لا تنطبق الا اذا لم يوجـد اتفاق على ما يخالفها ومن ثم يستطيع المتعاقدان أن يتفقا عند التعاقد على تحديد الموعد الذى ينعقد فيه العقد ويعتبر فيه تاما .

* * *

● متى يتم العقد ما بين غائبين وفى أى مكان ؟

الأصـــل أن زمان العقـد هو الذى يحدد مكانه وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض وسنبين موقف الفقه والقانون من ذلك .

١ ــ الفقـــه :

لقد ظهرت أربعـة مذاهب فى الفقه هى :

الأول : مذهب اعلان القبول : اذ العقد يتم طبقـا له باعـلان القبول ، وأهم ما يؤخذ على هذا المذهب أن مجرد اعلان القبـول لا يتحقق معه توافق الارادتين المطلوب فى العقد .

الثانى : مذهب تصدير القبول : واشتراط تصدير القبول فى هذا المذهب حتى يكون الاعـلان نهـائيا لا رجوع فيه ، ويؤخذ على هذا المذهب أن واقعـة ارسـال القبول لا تحول دون استرداده كما أنها لا ترتب ثمة أثر قانونى .

الثالث : مذهب استلام القبول : وفقا له يتم العقـد حين يصـل القبول الى الموجب لأنه حينئذ يصبح القبول نهائيا لا يمكن استرداده ، ويؤخـذ على هذا المذهب أن واقعة استلام القبـول ليس لها قيمـة قانونية طالمـا أن الموجب لم يعلم بعد بالقبول .

الرابع : مذهب العلم بالقبول : فالعقد لا يتم الا اذا وصـــل القبول الى علم الموجب فحينئذ يصح قانونا أن يقال ان هنــاك توافقا فى الارادتين ، ولتلافى صعوبة اثبات العلم بالقبول يعتبر وصول القبول قرينة على العلم به وهى قرينة قضائية تقبل اثبات العكس .

ونظرا لما يترتب على كل مذهب من نتائج مختلفة فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فان القوانين منقسمة حول الأخذ بأى تلك المذاهب على النحو التالى •

٢ ــ القوانين التى تأخذ بمذهب اعلان القبول :

القانون التونسى فى المادة (٢٨) والمغربى فى المادة (٢٤) واللبنانى فى المادة (٨٤) والسورى فى المادة (٩٨) •

ــ القانون الذى يأخذ بمذهب تصدير القبول : قانون الالتزامات السويسرى م (١٠) •

ــ القانون الذى يأخذ بمذهب استلام القبول : تقنين الالتزامات البولونى م (٧٠) •

ــ القوانين التى تأخذ بمذهب العلم بالقبول : القانون الألمانى م (١٣٠) والقانون التجارى الايطالى م (٣٦) والقانون الأسبانى م (٢/٢٦٢) والمشروع الفرنسى الايطالى م (١/٢) والقانون المدنى المصرى فى المادة (٩٧) اذ تنص على أنه :

« ١ ــ يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك •

٢ ــ ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول »[١] •

وتحديد ما اذا كان هناك اتفاق ما بين التعاقدين فى هذا الخصوص يعتبر من المسائل الموضوعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض[٢]•

---

(١) يقابل هذا النص م ٩٧ ليبى وم ٨٧ عراقى وم ٨١ سودانى انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى جـ ٢ ص ٥٣ ، ٥٤

(٢) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٦٤/٧/٢ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ، ص ٨٩٥ •

وفى حالة عدم وجود اتفاق فى هذا الشـأن اذا كان هناك نص خاص فى القانون يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم فتتبع هذه النصوص .. مثال ذلك :

ما ورد فى المـادة (٥٩٩) مدنى مصرى والتى تنص على أن الايجار يتجدد تجددا ضمنيا اذا بقى المستأجر منتفعا بالعين المؤجرة بعد انتهاء الايجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ويكون المؤجر هو القابل ضمنيا يستفاد ذلك من سكوته الملابس فيتم التجديد دون حاجة الى أن يعلم المستأجر بأن المؤجر لا يعترض .

فاذا لم يكن هناك اتفاق أو نص خاص انطبق حكم المـادة (٩٧) سالف الذكر اذ يعتبر العقد قد تم فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ويعتبر وصول القبول قرينة على العلم به قرينة يجوز اثبات عكسها طبقا للمادة (٩١) مدنى مصرى .

الا أنه اذا كان الأصل أن يتحدد مكان انعقاد العقد فى ضوء زمان انعقاده فانهما قد يختلفان فى بعض الحالات كالتعاقد بالتليفون أو بأى طريقة أخرى مماثلة كاللاسلكى ففيه لا يفصل زمان ما بين صدور القبول والعلم به فهو من حيث الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين ، ومن حيث المكان فالمتعاقدان فى جهتين مختلفتين ومن ثم يعتبر تعاقدا ما بين غائبين وتجرى فيه أحكامه .

وطبقا للقانون المصرى يعتبر العقد قد تم فى مكان الموجب اذ فيه يحصل العلم بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

* * *

● **تعقيب :**

يقول الأستاذ الدكتور السنهورى : « ان مسائل مجلس العقد فى القانون المدنى المصرى مأخوذة من الفقه الاسلامى لأن الفقه الفرنسى لم يعالج هذه المسألة علاجا خاصا فى حين أولادها الفقه الاسلامى

عناية بالغة فقد استقت المـادة (٩٤) مدنى أحكامها من مذاهب الحنفية والمـالكية والحنابلة حيث لم تشترط الفورية فى القبول بل يمكن أن يتحقق ما دام مجلس العقد قائما على عكس التقنينـات الحديثـة التى اشترطت الفورية كما هو مذهب الشـافعية » •

ويقول أيضا : « ولاشك فى أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الاسلامية قد أصبح وضعا عمليا معقولا ولم تعد الفورية فى القبول لازمة بل يجوز فيه التراخى مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقد بغير العقد ويبقى فيها الموجب على ايجابه »[1] •

وقد استنبط البعض [2] من نصوص المذهب الحنفى اشـتراط السـماع فى الايجاب والقبول ونظرية الاعـلان عن الارادة ، كمـا استنبط أن الحنفية يعتبرون مجلس علم القابل بالايجاب هو المجلس الذى يتم فيـه العقد •

ويقول الأستاذ الدكتور المرحوم محمد سلام مدكور [3] فى معرض رده على هذا الرأى : ان الرأى الفقهى فى الايجاب والقبول بالكتابة بين غائبين أن حكمهما يبدأ عقب وصول الكتاب وقراءته ، ومن ثم يرى أن للقابل الحق فى الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول •

وقـد خالف الدكتور على محيى الدين القره داغى[4] كـلا من الرأيين السـابقين وذهب الى أن النصوص تشهد على عـدم اشتراط علم الموجب بقبول القابل وأن النص الذى اعتمد عليه الأستاذ الدكتور

---

(١) الوسيط ــ مصادر الالتزام ص ٢٧٣ ، مصادر الحق جـ ٢ ص ٦ •

(٢) د. وحيد الدين سوار ــ التعبير عن الارادة ص ٦٠٣ ــ ٧٠٣ ط أولى ــ رسالة دكتوراة •

(٣) الفقه الاسلامى ص ٥٣٠ ط ١٩٥٤ ، أيضا د. مصطفى الزرقا ــ الفقـه الاسلامى فى ثوبه الجديد ص ١٤ •

(٤) مبدأ الرضا فى العقود ص ١٠٩٨ وما بعدها •

محمد سلام مدكور والذى ورد فى حاشية يعقوب على[1] « وشرط سماع كل من العاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكما لأن الكتاب كالخطاب » هذا النص يدل على أن الأحناف لم يشترطوا السماع على الحقيقة بل يكتفى به حكما عندهم فيما بين الغائبين وأن الكتاب كالخطاب ، فالكتاب بمنزلة الموجب فاذا تلفظ القابل بالقبول فكأن سماع الموجب من خلال الكتاب قد تم حكما .

كما أنه فى معرض الرد على الدكتور وحيد الدين سوار قال :

« ان السماع الذى تحدث عنه الحنفية واشترطوه انما فى التعاقد بالكلام والا فالأحناف أجازوا التعاقد بالاشارة بالنسبة للأخرس وبالتعاطى مع أنه ليس فيهما سماع ، ومن ثم فالسماع ليس من شروط صحة أو انعقاد العقد مطلقا وانما هو مشروط لصحة أو انعقاد التعاقد باللفظ فقط وعلى الحقيقة فهو شرط صحة الكلام ، وحينئذ يجرى فيه الخلاف على هذا الأساس فقد ثار الخلاف عندهم فى أصل تحقق الكلام وهو لا بد فيه من أن يكون مسموعا للآخر أم أنه هو نطق الحرف بشكل يسمعه نفسه [2] .

وعلى ذلك نصوص الحنفية من كتب متقدميهم الى متأخريهم حيث تذكر هذا الخلاف فى جميع التصرفات القولية مما يدل على أن مرجع الخلاف فى هذه المسألة ليس الايجاب والقبول فقط وانما الكلام فى أصل الكلام نفسه [3] .

---

(١) مخطوط على شرح الوقاية ص ٥١ .

(٢) انظر شرح العناية على الهداية جـ ١ ص ٢٣٣ مطبوع بهامش فتح القدير ط دار صادر بيروت ، الهداية مع فتح القدير جـ ١ ص ٢٣٣ ، فتح القدير جـ ١ ص ٢٣٣ .

(٣) الكاسانى ـ بدائع الصنائع جـ ٢ ص ٤٣٧ ، جـ ٤ ص ١٩١٥ ، برهان الدين ـ المحيط البرهانى جـ ١ ورقة ١٨١ مخطوط مشار اليه فى مبدأ الرضا فى العقود .

وعلى هذا الأســاس فان السماع شرط لتحقق الكلام والايجاب والقبول اذا كانا باللفظ ، ومن ثم فإذا كان الايجاب والقبول بغير اللفظ فلا يشـــترط تحقق شرط الســـماع عنـــد الجميع ، اذن فادخال شرط الســـماع باعتباره الشرط الأســـاسى للتعاقد بين الحاضرين تجافيـــه الدقة والعمق كما أنه لا يمكن أن يسحب هـــذا الخلاف الدائر فى الكلام ــ وبالتالى فى الايجاب والقبول ــ اذا كان باللفظ على التعبير بغير اللفظ كالكتابة والاشـــارة ومن ثم فالتعبير بالكتابة أو الرســـالة لا يحتـــاج الى علم الموجب به فيتم العقد فيما بين الغائبين بمجرد قبول من وجـــه اليه الايجاب كتابة أو رســـالة » .

وينتهى الدكتور القرة داغى الى أن العقد فى الفقه الاسلامى ينشأ بمجرد اعلان ارادة القبول ، وأن من شرط الســـماع يريد به ظهور الكلام بحيث يمكن سماعه لا ســـماع العاقد بالفعل من المتعاقدين ، وأن من يشترطه يريد به عـــدم اشتراط السماع بالفعل ، وأنه كمـــا ذهب البعض فان لكل نوع من التعـــاقد (بـــين الغـــائبين أو بـــين الحاضرين) طبيعة خاصة يكتفى فيها بتحقق التلاقى بقدر الامكان[1] أو كما يقول الحنفية : تحقق السماع حقيقة أو حكما ، كما يلاحظ اختلاف طبيعة كل طريق من طرق التعبير فما يشترط فى الكلام قد يكون غير ما يشترط فى الكتابة أو الاشارة أو التعاطى .

* * *

● **ترجيـــح :**

ولا شك أن التعويل فى تمام العقـــد على اعلان القبـــول يتسق مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء فى مجلس العقد فى التعاقد ما بين الغائبين وأنه مجلس بلوغ أو وصول الكتاب أو الرســـالة الى الموجـــه اليـــه الايجاب (القابل) .

---

(١) حاشية يعقوب على شرح الوقاية ، مخطوط ورقة ٥١ ، فتح العزيز جـ ٨ ص ١٠٣ للرافعى مطبوع بهامش المجموع ط شركة العلماء .

وأن الأخـــذ باعلان القبول لتمام العقد تحقيق لآثار العقد دون تأخير لا مبرر له بل لم تعـــد تستجيب له السرعة فى المعاملات المعاصرة وبخاصة المعاملات والأعراف التجـــارية ، وأن الموجب ما بعث بايجابه الا وقد انتهى كل شىء من جانبه فقد امتلأ رضاه بالعقد وتصور التراضى ومن ثم فاذا قبله الموجه اليه فقد تم العقد ، ومن ثم فليس هناك مبرر عقلى أو عملى لتأخير انعقاد العقد حتى يعلم الموجب بالقبول والا لوجب الانتظار أيضا حتى يعلم القابل بعلم الموجب بقبوله وهذا هو الدور[1] .

ولا يخفى بطبيعة الحال أن أســـاس ما انتهيت اليه هو اشتراط أن يكون الايجاب قائما بألا يكون قد عـــدل عنه الموجب أو أعرض وذلك عند جمهور الفقهاء ، أو انتهى مجلســـه لأنه اذا ســـقط الايجاب فلا يتم الاتصال ، حتى ولو تم القبول ، كما يشترط توافق القبـــول والايجاب وأن يردا على محل واحد وأوصاف واحدة .

* * *

● **العقود العينية :**

اذا كان العقد فى الفقه الاســـلامى يوجد بمجرد ارتباط القبـــول بالايجاب على نحو ما تقدم ، فان هناك عقودا لا تتم الا بتســـليم العين محل العقد ولا يكفى فيها الايجاب والقبول ، وهى ما تسمى بالعقود العينية وهى : الهبة ــ والعارية ــ والايداع ــ والقرض ــ والرهن .

فهذه العقود يشترط القبض لتمامها لأنهـــا تبرع ولا يتم التبرع الا بالقبض ــ ويســـتثنى من العقـــود العينية عقد الوصـــية ، اذ يتم بمجرد وفاة الموصى وقبول الموصى له ، أو عـــدم رده بعـــد الوفاة ، ويصبح المـــال ملكا له بلا حاجة الى تسليم [2] .

* * *

---

(١) من هذا الرأى د. السيد نشأت ــ التراضى فى عقود المبادلات المـالية ص ٣٢٤ ط دار الشروق ــ رسالة دكتوراة ، د. على القـــرة داغى فى رسالته السابقة ص ١١٢٦

(٢) يراجع : المدخـــل الفقهى العام ــ د. مصطفى الزرقا جـ ١ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ .

المطـــلب الثـانى

طرفـــا العقـــد

طرفا العقد من العوامل الأســاسية فى تكوين العقد ، وعبارتهما هى ركن العقد المكون له ، وعليها يرتب الشارع الآثار وتبنى الأحكام ، ولكن الناس ليسوا على درجــة واحدة فى صلاحيتهم للتعاقد وانشاء العقود ، بل هم متفاوتون فى ذلك تبعا لتوافر الأهلية والولاية ، وعدم توافرهما ، وتبعا لمدى تمتعهم بهما ، أو تمتعهم باحداهما دون الأخرى .

الفرع الأول : الأهلية فى الفقه الاســـلامى

معناهــا : صلاحية الانســان أو الشــخص لوجوب الحقــوق المشروعة له أو عليه ، وصلاحيته لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعا ، وبعبارة أخرى هى صلاحية الشخص للالزام والالتزام .

انواعهــا : وتنقسم الأهلية بالمعنى السابق الى :

١ ــ أهليــة الوجــوب :

هى صلاحية الشخص لأن تثبت الحقوق المشروعة له أو عليه ، وضابط هــذه الأهلية أمر قدره الفقهاء وهو ما يسمى بالذمة ، فتكون محلا للحقوق والواجبات ، وعلى ذلك فالذمة صــفة شرعيـــة أو أمر تقديرى اعتبــارى فرض موجودا ليكون محــلا للحقــوق وســائر الالتزامات والتكليفات وتثبت للشخص بمجرد وجود الحياة فيه[١] .

وأهلية الوجوب قد تكون كاملة بالمعنى الســابق وتثبت للشــخص

---

(١) انظر محمد أبو زهرة ــ الملكية ونظرية العقد ص ٣٠٤ ، د. بدران أبو العينين ص ٤٢٢ ، د . شوكت ــ نظرية العقد ص ٤٩ وما بعدها .

بمجرد ولادته حيـا ، وقد تكون ناقصة وهى صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط وتثبت للجنين قبل ولادته •

ولمـا كانت أهلية الوجوب بشقيها لا أثر لها فى انشاء العقود ؛ اذ قد يكون الشخص ذا أهلية وجوب كاملة ومع ذلك لا يكون أهلا لانشـاء عقد كما فى العبد غير المميز لذلك نكتفى بهذا القول •

٢ ـ أهلية الأداء :

معناها : صلاحية الشخص لأن ينشىء حقوقا ويلتزمها أو هى صلاحيته لأن يلتزم بحقوق ينشىء أسبابها القولية ويوجدها ، أى هى أهليـة المعاملة[١] بين الناس وصلاحية أقواله لأن تكون أسبابا منشـئة للحقوق له وعليـه •

وعلى ذلك فالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه ليست لهم أهلية أداء لأن عباراتهم غير صـالحة لأن تكون سـببا لانشاء حقـوق لهم أو لغيرهم •

فالعبارة التى تنشأ بها التصرفات الشرعيـة هى تلك التى يفهم قائلها معناها ويقصدها والمراد منها فى عرف الناس وما يترتب عليها من الآثار فى الجملة •

وضابط أهلية الأداء هو العقل والتمييز ، فحيثما وجـد العقـل ومعـه التمييز توجد أهلية الأداء ، وتكون كاملة وناقصة تبعا لكمال العقل ونقصانه •

● **انواعهـا :**

١ ـ أهلية أداء كاملة وتثبت للبالغ العاقل الرشـيد الذى لم

---

(١) انظر : محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٣١٢

يحجر عليه لأى سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان صالحا لانشاء جميع العقود والتصرفات المشروعة ، اذ المفروض أنه لا يتصرف الا عن روية وتفكير •

٢ ـ أهلية أداء ناقصة أو قاصرة : وتثبت لمن كان عنده أصل تمييز ولكن لم يكن عنده كمال فى العقل بأن كان غير بالغ أو كان ناقص العقل مع وجود التمييز أو كان بالغا عاقلا ولكن يوجد فى تصرفاته ما يدل على نقصانه من حيث تدبيره للمال •

وهؤلاء هم : الصبى المميز ، والمعتوه المميز ، والسفيه ومن فى معناه وهو ذو الغفلة ، فهؤلاء جميعا ناقصو أهلية الأداء ، لأن أصل التمييز عندهم ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير •

* * *

الأهلية فى القانون وفقهه

تحدث الفقه القانونى عن الأهلية كشرط من شروط صحة التراضى وذلك بأن يكون التراضى صادرا من ذى أهلية •

وتعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية التى تطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ، أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين جنسياتهم باعتبار الأهلية من الأحوال الشخصية •

وقد أورد القانون المدنى المصرى أحكام الأهلية فى المواد من ٤٤ الى ٤٨ منه فضلا عن أحكام الأهلية المتعلقة بالولاية على المال ينظمها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال •

ويتحدث فقهاء القانون فى الأهلية عن موضوعين رئيسيين هما :

الأول : التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها أو ما يسميه البعض بالنظرية العامة فى الأهلية[1] •

---

(١) د. السنهورى ـ الوسيط ص ٢٨٣ مرجع سابق •

الثانى : أحكام الأهلية وفيها يتحدثون عن ثلاثة أمور هى :

(أ) تأثر الأهلية بالسن وتدرجها بحسبه •

(ب) تأثرها بعوامل أخرى غير السن وهى ما يسمونه بعوارض الأهلية •

(جـ) موانع الأهلية •

وسنؤثر الحديث عن كل موضوع فى موقعه من الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون وفقهه تحقيقا للفائدة المرجوة وأكبر قدر من التمحيص بين القانون والفقه الاسلامى فيما نحن بصدده •

* * *

التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها
(للنظرية العامة فى الأهلية فى القانون وفقهه)

أنواعها : يميز فقهاء القانون بين نوعين من الأهلية هما : أهلية الوجوب وأهلية الأداء ومن المسلم لديهم أنه اذا أطلقت الأهلية انصرفت الى أهلية الأداء •

١ ــ **أهلية الوجوب** (Capacité de Juissance) :

يعرفونها بأنها وصف فى الشخص يقوم على مدى صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات وتنقسم الى أهلية وجوب كاملة أو ناقصة بقدر ما يستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق ويتحمل به من واجبات[١] •

وتثبت للشخص من وقت ميلاده حيا بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا الى وقت موته ، بل وبعد ذلك الى حين

(١) د. عبد المنعم الصدة ــ مرجع سابق ص ١٩٠

تصفية تركته وسداد ديونه وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوفر فيه أهلية الوجوب[1] .

ويترتب على ذلك أنه اذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها كالجنين يولد ميتا وكالميت بعد سداد ديونه وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية وكالشركة بعد أن تصفى وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية فما يملكه بعد دخوله سلك الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية يكون ملكا للكنيسة لأن شخصيته انعدمت بل لأنه يعتبر نائبا عن الكنيسة فى تملكه هذه الأموال[2] .

٢ ــ أهلية الأداء (Capacité d'exercice) :

ويعرفونها بأنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، أو لاستعمال الحق .

والتصرف القانونى (Acte Juridique) هو عمل الارادة حين تتجه الى احداث أثر قانونى معين ومن ثم كان قوامه الارادة ، واذا كان ذلك كذلك كانت أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية[3] فان مناط هذه الصلاحية هو « التمييز » ومن ثم فان مدى ــ أو نطاق هذه الأهلية عند الشخص يتحدد بحسب قدرته على التمييز وهى بذلك ترجع الى اعتبار فى الشخص نفسه ومن ثم يجب التفريق بين انعدام الأهلية لفقدان التمييز وحالات أخرى لا يجوز

---

(١) د. السنهورى ــ مرجع سابق ص ٢٨٤.

(٢) القوانين لابن العسال ص ٣١٥ ط ١٩٢٧ مشار اليه فى د. السنهورى ــ المرجع السابق ص ٢٨٤ وهامش ١

(٣) تقتصر أهلية الأداء على مباشرة الأعمال أو التصرفات القانونية دون الأعمال المادية كالعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب اذ لا تستند الى أهلية عند الشخص فيما يتعلق بترتيب آثارها فالأثر الذى يترتب على العمل المادى انما يقع بقوة القانون بصرف النظر عن ارادة الشخص الذى صدر منه العمل ، د. عبد المنعم الصدة ــ مرجع سابق ص ١٩٣

فيها للشخص أن يتصرف فى المـال سـواء بنفسه أو بنائبه كالمـال الموقوف وشرط المنع من التصرف فى الهبة أو الوصية خـلال مـدة معينـة ، والمنع القانونى لبعض الأشخاص من ابرام تصرفات معينـة كمنع القضاة وأعضاء النيـابة والمحـامين من أن يشـتروا الحـق المتنازع فيـه .

* * *

● **تقسيم التصرفات القانونية بحسب الأهلية :**

يقسم فقهاء القـانون التصرفات القانونية بحسب تقسيمهم لأهلية الأداء الى أهلية كاملة أو ناقصة الى ثلاثة أنواع هى :

١ ــ تصرفات نافعة نفعا محضا وهى التى يثرى من يباشرها دون دفع مقابل كقبول الهبة .

٢ ــ تصرفات ضارة ضررا محضا وهى التى يفتقر من يباشرها دون أخذ مقابل كأعمال التبرع .

٣ ــ تصرفات دائرة بين النفع والضرر وهى التى تحتمل بأصـل وضعها الربح والخسارة وتشتمل على :

(أ) أعمال التصرف التى تنطوى على تقرير حق عينى للغير على الشىء كالبيع والرهن .

(ب) أعمال الادارة بشقيها :

ــ أعمال الادارة المعتادة وهى التى ترمى الى اسـتغلال الشىء دون المســاس بأصله بحيث تتفق مع ما أعـد له الشىء كالايجار .

ــ أعمال الادارة غير المعتادة وهى التى تتضمن تغييرا فى الشىء أو تعديلا فى الغرض الذى أعـد له كاعادة بناء منزل أو البناء فى أرض زراعية لاعدادها للاستغلال الصناعى .

وبحسب أهليـة الشخص تكون صلاحيته لمبـاشرة كل أو بعض التصرفات السـابق بيانها فاذا كان كامل الأهلية كان صالحا لمبـاشرة كافة هذه التصرفات والعكس اذا كان عديمها ، واذا كان ناقص الأهلية

فانه يكون صالحا لمباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا وغير صالح لمباشرة أعمال التبرع وتخضع تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر لأحكام القانون .

* * *

● **الأصل فى الشخص انه كامل الأهلية بنص القانون :**

تنص المادة (١٠٩) مدنى مصرى على أن :

« كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون »[١] .

وبناء على هذا النص تكون هناك قرينة قانونية على توافر الأهلية من شأنها القاء عبء اثبات عدمها على من يدعيه فاذا قام الدليل على انعدام الأهلية كان العقد باطلا واذا قام الدليل على نقصها كان العقد قابلا للابطال وفى هذا تنص المادة (١١٩) مدنى مصرى على أنه :

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته »[٢] .

وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو ابقاء العقد ويكون أساس الالتزام فى هذه الحالة العمل غير المشروع لا العقد والطرق الاحتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة .

كما تنص المادة (٤٨) مدنى مصرى على أنه :

« ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها »[٣] .

ومن هنا تكون أحكام الأهلية فى القانون وفقهه من النظام العام .

* * *

---

(١) يقابل نص المادة ١٠٩ ليبى ، م ١١٠ سورى ، م ٩٣ عراقى ، م ٩٤ سودانى ، م ١١٧ كويتى ، والفصل الثالث تونس .

(٢) يقابل هذا النص م ١١٩ ليبى ، م ١٢٠ سورى ، م ١٠٤ سودانى

(٣) يقابل هذا النص م ٤٨ ليبى ، م ٥٠ سورى ، م ٥٥ سودانى .

أهليـــة الأداء الناقصـــة فى الفقه الاســـلامى

أولا — الصــبى المميــز

الصبى المميز هو من له أهلية أداء ناقصة ، ولا يتصور التمييز قبل سن الســـابعة ، اذ هى الســـن التى يتصور أن يميز فيها الصبى بين معانى ألفاظ العقود فى الجمـــلة ويعرف المراد منها عرفا ، وقـــد يتجاوز الشخص هذه السن ولا يوصف بالتمييز ما دام لم يعرف معانى العقود ومقتضاها فى عرف الناس فى الجملة ، وعلى ذلك فضابط التمييز هو هذه المعرفة ، غاية الأمر أنه لا يتصور دون السابعة .

أما نهاية الصبا فهو بلوغ الحلم غير أن تمام أهلية الأداء لا يكون الا ببلوغ الرشد أيضا . وذلك لقوله تعالى :

﴿ وابتلوا اليتـــامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ﴾ (١) .

فدفع المـــال وأهلية الأداء الكاملة ضابطه أمران هما :

١ — بلوغ النكاح .　　　　٢ — ايناس الرشد .

والشريعة قد جعلت للبلوغ أمارات خاصة هى : الاحتلام ، والانزال للذكر والأنثى ، والحيض والحمل للأنثى فان لم يوجـــد شىء من هذه الأمارات والعلامات اعتبر البلوغ بالسن ، وقـــد اختلف الفقهـــاء فى تقديره : فقدره الشـــافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية بخمس عشرة ســـنة للذكر والأنثى ، وقدره أبو حنيفة بثمانى عشرة سنة للفتى وسبع عشرة ســـنة للفتاة ، وقدره المـــالكية بثمانى عشرة ســـنة تامة ، وقيل بالدخول فيها للذكر والأنثى[٢] .

---

(١) النســـاء : ٦

(٢) انظر د. محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٥٢

وايناس الرشـد لم يعين له الفقهاء سنا معينا ، وضابطه القـدرة على تدبير الأمور المـالية واستغلال الأموال استغلالا حسنا ، ومن هنا يختلف الرشـد تبعا لاستعداد الشخص وبختلاف البيئات والأوضـاع الاجتماعية والاقتصادية والعلمية ونحوها . وفيه يقول القرآن الكريم ﴿ **فان آنستم منهم رشدا** ﴾ أى صلاحا فى العقل وحفظا للمال [1] .
وقد يتأخر الرشد عن البلوغ وقد يصاحبه [2] .

* * *

- **عقود وتصرفات الصبى المميز :**

أولا ــ الشافعية لا يجيزون شيئا من عقوده مطلقا ، أى لا لنفسه ولا لغيره وسـواء أذن له وليه أم لا .

---

(١) تفسير القرطبى ج ٥ ص ٣٧ . ويرى الشافعية أن الرشـد عبارة عن صلاح المـال والدين فالمصلح لمـاله ان كان فاسقا لا يكون رشيدا خلافا للأئمة الثلاثة ــ انظر مغنى المحتاج ج ٢

(٢) وقد اختلف الفقهاء فى مدى انتظار الرشد : فذهب أبو حنيفة الى أن انتهاء الولاية المـالية على الشخص واطلاق التصرف له بمجرد بلوغه ولو كان سفيها متلافا ، لكن أمواله اذا بلغ سفيها يؤخر تسليمها اليه من باب الاحتياط والتأديب حتى يرشد أو يتم الخامسة والعشرين من عمره ، وجمهور الفقهاء والصاحبان قالوا : يجب استمرار الولاية على الشخص اذا بلغ غير رشيد الى أن يؤنس منه الرشـد . وأبو يوسف يشترط حكم القاضى بحجر السفيه .. انظر كشف الأسرار على البزدوى جـ ٤ ص ٣٧١ ورد المختار ج ٥ ص ٩٤ ويذهب د . مصطفى الزرقا الى أن الشريعة قد تركت تحديد سن الرشد لولاة الأمر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية فى المصالح المرسلة ــ الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد جـ ١ ص ٤٥٢ مجلد ١ ط ١٩٥٨ ويحدده القانون الفرنسى والمصرى والكويتى باحـدى وعشرين وفيهـا يكون الشخص أهلا لأن يتعـاطى مهنـة التجـارة بأنواعهـا وقـد تحـدد سن الرشـد فى المملكـة السـعودية بموجب قرار مجلس الشورى رقم ١١٤ بتاريخ ١٣٧٤ هـ بثمانى عشر سـنة هجرية وهى سن الرشد المدنى والتجارى على حـد سـواء .. يؤخذ على هذا النص انه ليس كل من بلغ الرشد يصير رشيدا اذ قـد يبلغها سفيها أو معتوها أو ذو غفلة ومن هنا نرى ضرورة تعديل النص ليصبح على الأقل كل من بلغ (١٨) سنة غير مصاب بعارض من عوارض الأهلية أو الاكتفاء بالشق الأول من المـادة ..

وحجتهم فى ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق »[1] .

ووجه الدلالة : أن الحديث دل على أن الصبى لا يجب عليه شىء كما يدل على اسقاط أقواله وأفعاله [2] .

ثانيا — باقى الائمة قالوا بجواز عقوده فى الجملة :

١ — فالحنفية قسموا تصرفات الصبى المميز الى ثلاثة أقسام :

(أ) العقود والتصرفات النافعة نفعا محضا كقبوله الهبة والوصية له ، والانتفاع بالعارية تصح منه سواء أكان محجورا أم مأذونا له ، وسواء أجازها وليه أو وصيه أم لا ، لأنه لا مصلحة فى ابطال مثل هذه التصرفات .

(ب) العقود والتصرفات الضارة بماله ضررا محضا كالتبرعات بجميع أنواعها من هبة أو صدقة أو وقف ، وكذا اقراضه ونحو ذلك لا تصح منه مطلقا [3] .

(جـ) العقود والتصرفات المحتملة للنفع والضرر والربح والخسارة كعقود المعاوضات ، من بيع وشراء واجارة واستئجار ورهن وارتهان ومزارعة ومساقاة فهذه التصرفات يختلف حكمها بالنسبة لحال الصبى :

(أ) فان كان غير مأذون له فانه يتوقف نفاذ هذه العقود والتصرفات على اجازة وليه أو وصيه والا بطلت .

---

(١) رواه احمد وابو داوود .
(٢) انظر المجموع للنووى جـ ٩ ص ١٥
(٣) استثنى الفقهاء من ذلك اقراض مال اليتيم من القاضى وان كان القرض فيه معنى التبرع ابتداء الا انه يترتب عليه صيانة مال اليتيم من الضياع ، لأن القرض مضمون على المقترض فى جميع الأحوال ، انظر حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٤٠ .

والاجازة لا تكون صحيحة الا اذا كان ولى أو وصى المميز يملك انشاء هذه العقود وانفاذها ابتداء .

(ب) وان كان مأذونا له فى التجارة كان له أن يباشر بنفسه من العقود والتصرفات ما من شأنه أن يباشر التجارة ، وكذا له أن يوكل غيره فى مباشرة هذه التصرفات ، وبمقتضى هذا الاذن تكون عقوده نافذة سواء أكانت بمثل القيمة أو بغبن يسير ، وعند الامام أبى حنيفة حتى لو كانت بغبن فاحش ، محتجا بأن قصور رأى الصبى اندفع برأى الولى ، والتحق الصبى بالبالغ وصار بمنزلته ما اذا اندفع ذلك بكمال رأيه بالبلوغ .

وقال الصاحبان : لا تصح عقوده وتصرفاته بالغبن الفاحش لأنها بمنزلة التبرع ، والصبى ليس أهلا للتبرعات ولو بالاذن .

أما العقود والتصرفات التى ليست متعلقة بالتجارة فلا تكون نافذة الا اذا أجازها الولى [1] .

٢ ــ ذهب الحنابلة الى صحة عقوده وتصرفاته مطلقا اذا أذن له الولى وبدون الاذن لا يصح شىء منها . أيا كان عقده ولو كان من التصرفات النافعة نفعا محضا . خلافا لبعضهم .

ويصح عندهم تصرف الصبى ــ ولو لم يكن مميزا ــ بدون الاذن فى الشىء اليسير لأن الخوف من ضياع الأموال مفقود فى اليسير [2] .

٣ ــ وجعل المالكية عقود وتصرفات الصبى المميز تدور مع المصلحة فان كانت المصلحة فى اجازتها تعين على الولى ذلك .

---

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٤٩ ، ١٥٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠

(٢) انظر كشاف القناع جـ ٢ ص ٧٠٦

والا تعين عليه ردها ، وان استوت المصلحة فى الاجازة والرد كان الولى بالخيار وهم كالحنابلة للصبى التصرف فى الشىء اليسير بدون توقف على اذن الولى (١) .

* * *

● **الصبى المميز فى القانون وفقهه :**

تعريف : تنص المادة (٤٦) مدنى مصرى على أنه :

« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون »(٢) .

وعلى ضوء هذا النص يعتبر الصبى مميزا من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة الى وقت بلوغه سن الرشد أى احدى وعشرين سنة ، ونقصان الأهلية هنا بسبب نقصان العقل فى هذه الفترة من السابعة حتى الاحدى والعشرين سنة ميلادية وان كانت قد توافرت بعض أسباب التمييز (٣) .

ويلاحظ هنا أن القانون قد ربط ربطا مباشرا بين التمييز والسن فقرر التمييز لمن هم فى سن السابعة حتى بلوغهم سن الرشد وهى احدى وعشرين سنة ميلادية مع أن ايناس الرشد قد يكون قبل ذلك ، فقد يكون مصاحبا للبلوغ ، ومرحلة البلوغ اذن لم يرتب عليها القانون ثمة أحكام خلافا لمسلك الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص اذ اعتبر التمييز من سن السابعة حتى البلوغ أو الحلم ، فان لم تظهر أمارات البلوغ فقد وقع خلاف الفقهاء فى تحديد السن التى ينتهى اليها الصبا على نحو ما تقدم وبذلك يكون الفقه الاسلامى قد رتب الأحكام

---

(١) الدسوقى جـ ٣ ص ٢٩٥ ــ ٢٩٨

(٢) يقابل هذا النص م ٤٦ ليبى ، م ٤٨ سورى ، م ٥٣ سودانى .

(٣) د. عبد المنعم الصدة ــ مصادر الالتزام ص ١١٩

على اعتبارات موضوعية تتحقق بها المصالح لا تحديد تحكمى قد تتجافى معه المصالح كما ذهب القانون فى ربط التمييز بالسن ليس الا مع أنه ربط الأهلية بالارادة والقدرة على ابرام التصرفات القانونية واستعمال الحقوق •

* * *

● **تصرفات الصبى المميز فى القانون وفقهه :**

تنص المادة (١١١) مدنى مصرى على أحكام تصرفات الصبى المميز فتقرر :

« ١ ــ اذا كان الصبى مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا •

٢ ــ أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالابطال اذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو اذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون »[١] •

وطبقا للفقرة الثانية من المادة المذكورة فان أهلية الادارة وأهلية التصرف وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لا يملكها الصبى المميز وانما يتولاها عنه الولى أو الوصى فاذا قام بها الصبى المميز نفسه وقعت قابلة للابطال ، وهذا الابطال يطلبه الولى أو الوصى أو المحكمة بحسب ما خوله القانون لكل منهم من سلطة بالتصرف أو الاذن به •

ويستثنى من أحكام المادة (١١١) مجموعة من الحالات أهمها ما يأتى :

١ ــ الصبى المميز اذا بلغ ١٨ سنة من عمره وأذن له •

---

(١) يقابل هذا النص مادة ١١١ ليبى ، مادة ١١٢ سورى ، مادة ٩٧ عراقى ، مادة ٩٦ سودانى ، مادة ٢١٦ لبنانى •

وهذه الحالة نصت عليها المادة (١١٢) مدنى مصرى بقولها :

« اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون »[١] .

وفيما أذن له فيه الصبى المميز من تصرفات يكون فيها كامل الأهلية وفى التقاضى فيه ولا يحق للولى أو الوصى أن يباشر تصرفا يكون القاصر أهلا لمباشرته فحيثما تتوفر الأهلية ترتفع الولاية[٢] .

وعلى ذلك فحالات الاذن للقاصر الذى يبلغ ثمانى عشرة سنة فى القانون المصرى هى :

— فى ادارة أمواله (م ١١٢ مدنى) ويصدر الاذن من الولى باشهاد لدى الموثق أو من المحكمة .

— فى الاتجار (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) ويصدر الاذن من المحكمة ويكون لمن أصدر الاذن أن يرجع فيه اذا أساء القاصر التصرف .

٢ — متى بلغ الصبى المميز السادسة عشرة يكون له حق ادارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) .

٣ — يجوز للصبى المميز أيا كانت سنه أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من ماله لأغراض نفقته (م ٦١ من قانون

---

(١) يقابلها المادة ١١٢ ليبى ، م ١١٣ سورى ، م ٩٩ عراقى ؛ م ٩٧ سودانى ، م ٢١٧ لبنانى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٠٢

الولاية على المـال) كما يجوز له ابرام عقـد العمل الفردى وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى الشـأن انهاء العقـد رعـاية لمصـلحته أو لمصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المـال) .

٤ ــ اذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال سـواء أكان ذكرا أو أنثى كان ذلك اذنا له فى التصرف فى المهـر والنفقـة ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عنـد الاذن أو فى قرار لاحق (م ٦٠ من قانون الولاية على المـال) .

٥ ــ اذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سـنة من عمره كان له أن يوصى باذن المحكمة ، والوصـية وان كانت من التصرفات الضـارة ضررا محضا الا أنها لا تنفذ فى ماله الا بعـد وفاته وأن للمحكمة سـلطة تقدير سـلامة التصرف (م ٥ من قانون الوصية) .

* * *

● **تعقيب :**

من تتبع أحكام عقود وتصرفات الصبى المميز فى القانون يتضـح تأثره الى حـد ما بالفقه الاسـلامى فى تقسـيم تلك العقـود والتصرفات الى الثلاثة أقسـام السـابقة وربطها بمدى أهليـة الصبى المميز فيها وهذا التقسيم للتصرفات هو مذهب الحنفية .

ويتلاحظ أن فى ربط القانون لبعض تصرفات الصبى المميز بسن معينة فى نطاق السـن التى حددها لمرحلة التمييز وهى ما بين السابعة والاحدى والعشرين هـذا الربط فيـه دلالة واضحة على صحة مسلك الفقه الاسـلامى فى ربط أهلية الصبى المميز بالفترة ما بين السـابعة والبلوغ ، ففى تأخرها عن ذلك ــ ما لم يعترض أهليته عارض آخر ــ ضرر واضح بمصـالحه المـالية ولعـل ما ذهب اليـه القـانون من استثناءات دليل واضح على ذلك .

واذا كان الفقه الاسـلامى قد أشـبع حالة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وفصل الفقهـاء القـول فيها على أسـاس موضوعى

تراعى فيه طبيعة التصرف ومصلحة الصبى المميز وحاله ، ومدار صحة تصرفاته فى هذه الحالة هو الاذن السابق أو الاذن اللاحق وبعبارة أدق الاجازة اللاحقة التى تأخذ فى اعتبارها تقدير سلامة التصرف وتحقيق مصلحة الصبى المميز المالية منه ، ومن هنا كان اختلاف الفقهاء فى صحة أو عدم صحة عقوده وتصرفاته التى فيها غبن فاحش ، ومن هنا أيضا كان التفريق بين التصرفات المتعلقة بالتجارة وغير المتعلقة بها .

وعلى هذا النحو لم يكن الفقهاء بحاجة الى القول بقابلية التصرف للابطال المنصوص عليه فى المادة ١١١/٢ مدنى مصرى .

* * *

ثانيا ــ المعتوه

العته آفة توجب خللا فى العقل فيصير صاحبه مختلط الكلام فيشبه كلامه كلام العقلاء وبعض كلامه كلام المجانين وكذا سائر أفعاله .

وعلى ذلك فالمعتوه لا يكون الا مميزا لأنه ان كان غير مميز أصلا وكان مغلوبا لا يميز شيئا فهو مجنون[1] .

● **حكم عقوده وتصرفاته :**

المعتوه يشبه الصبى المميز ، ومن ثم فحكم عقوده وتصرفاته كحكم عقود الصبى المميز سواء بسواء .

* * *

(١) تفترض الفتاوى الهندية أن العته قسم مقابل للجنون ، وعلى ذلك فالعته أحيانا يصحبه تمييز ، وأحيانا لا يصحبه تمييز ، وفى الحالة الأولى يكون كالصبى المميز .
وفى الثانية يكون كالمجنون ، انظر ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٩ .

ثالثا ـ السـفيه

غلب السـفه فى عرف الفقهاء[1] على تبذير المـال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع •

للسفيه حالتـان ـ الحالة الأولى : أن يبلغ الشخص سفيها :

اتفق الفقهاء على أنه لا يسلم اليـه ماله فى هذه الحالة لقـوله تعالى : **﴿ ولا تؤتوا السفهاء اموالكم ﴾(٢)** ، وأكثر الفقهاء بعدم تسليم ماله اليـه تأديبا وزجرا له ولكن تنفذ تصرفاته[3] ما دام بالغا عاقلا • كمـا أن أكثر الفقهاء ومنهم الأئمة الثلاثة ومعهم أبو يوسف ومحمد على أنه يستمر الحجر عليـه حتى يرشـد ولو بلغ أرذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية عنـدهم هو نقص العقل وعـدم القـدرة على ادارة شـئونه المـالية ، خلافا لأبى حنيفـة اذ يرى أن الشـخص اذا بلغ خمسـا وعشرين سـنة دفع اليـه ماله ولو كان سـفيها ما دام عاقلا لأنه بعـد هذا السـن لا ينفع فيـه زجر ولا تأديب •

الحالة الثانية : بلوغ الشخص رشيدا ثم يطرأ عليـه السـفه بعـد ذلك :

---

(١) السفه فى اللغة : الخفة . وفى الشرع : عبارة عن خفـة تعترى الانسـان تحمله على العمل بخـلاف موجب العقـل والشرع . وهـذا التعريف يتناول ارتكاب جميع المحظورات كالزنا والسرقة وشرب الخمر . فالفاسـق يسـمى سفيها وان لم يكن مضيعا لأمواله الا أن السفيه فى اصطلاح الشافعية هو من لا يحسن القيام على تدبير ماله .

(٢) النسـاء : ٥

(٣) يذكر الشيخ ابو زهرة انه روى عن ابى حنيفة ان الشخص اذا بلغ سفيها استمر الحجر عليـه فمنع من ماله ولا تنفذ تصرفاته فيـه وأن ذلك هو الراجح . خلافا لمـا جاء فى نظرية العقد د. محمد شوكت ص ٥٧ ، وما جاء فى د. بدران أبو العينين بدران ، نظرية الملكية والعقـد ص ٤٤٣ ، يراجع نظرية الملكية والعقد أبو زهرة ص ٣١٩ .

أكثر الفقهاء (منهم الأئمة الثلاثة مالك والشـــافعى وأحمد ومعهم أبو يوسف ومحمد) على أنه يحجر عليـــه ويصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المـــالية الخالصة .

وذهب أبو حنيفة وبعض الفقهاء كابراهيم النخعى ومحمـــد بن سيرين الى أنه لا يحجر عليـــه مطلقا وتنفذ جميع تصرفاته[1] .

* * *

● متى يبدا الحجر على السفيه ومتى ينتهى :

من قال بالحجر على السفيه على نحو ما تقدم انقسم الرأى عندهم فى الوقت الذى يبدأ فيـــه الحجر والوقت الذى ينتهى فيه .

فذهب الشـــافعى وأحمد وأبو يوسف ومالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم الى أن الحجر يبدأ من وقت حكم القاضى بالحجر ، ولا ينفك عنـــه الا بحكم القاضى أيضـــا . وعلى ذلك فعقوده وتصرفاته قبـــل قضاء القاضى بالحجر نافذة ، وتصرفاته قبل قضاء القاضى برفع الحجر غير نافذة .

وذهب محمد بن الحسن من الحنفية وابن القاسم من المـــالكية الى أن الحجر يبتدىء من وقت اسرافه وتبذيره فى أمواله ، أى يصير محجورا بنفس الســـفه ولو لم يحكم القاضى بالسفه ، لأن علة الحجر

---

(1) أدلة أبو حنيفة فى عدم الحجر على الســـفيه واعتباره كامل الأهلية خلافا لســـائر الأئمة حيث اعتبروا السفه مؤثرا فى أهليـــة الأداء بالقصور والنقص ، مبسوطة فى كشف الأسرار جـ ٤ ص١٤٨٩ وما بعدها ، فتح القدير جـ ٧ ص ٣١٤ ، الزيلعى جـ ٥ ص ١٩٢ ، القرطبى جـ ٥ ص ٣٠ وما بعدها ، أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٧٦ ، أحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٣٤ ، نيـــل الأوطار للشـــوكانى جـ ٥ ص ٣٦٨ ، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٣٢٠ وما بعدها ، المبسوط جـ ٢٤ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٦٩ ، المغنى جـ ٤ ص ٤٥٦

هى السـفه والتبذير فى مالـه فحينما وجـدت العلة وجـد المعلول فلا حاجـة الى قضاء القـاضى ، وكذلك ان رشـد السـفيه انفك الحجر عنه بنفس الرشد بدون حاجة الى قضاء القاضى[1] .

* * *

● العقود والتصرفات التى يحجر فيها على السفيه :

من قالوا بالحجـر على السـفيه اختلفوا كذلك فيمـا بينهم فى العقود والتصرفات التى يكون محجورا بالنسبة لها والتى لا يكون .

وفى هذا الخصوص يرى أبو يوسف ومحمد أن السفيه كالهازل ، ومن ثم فالتصرفات التى لا تحتمل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل تصـح من السـفيه كما تصح من الهازل ما دامت مكتملة لشروطها وأركانها الشرعية . فيصح نكاحه وطلاقه وعتقه ويمينه ونذره ، الا أنه بالنسبة لعقد النكاح يكون السـفيه محجورا عليه فيما زاد على مهر المثل .

أما التصرفات التى تحتمل الفسخ وتبطل بالهزل كالبيع والاجارة والمضاربة والمزارعة والمسـاقاة والشركة فحكم السـفيه فيها كالصبى المميز على نحو ما تقدم عنـد الحنفية[2] .

---

(1) أدلة الفريقين فى وقت الحجر وانتهاؤه مبسوطة فى القرطبى جـ ١٥١ ص ٣٢٠ ، والزيلعى جـ ٥ ص ١٩٥ ، وكشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٩ ، وكشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٦ ، د. محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٥٩ وما بعدها .

(2) وقد لخص « محمد بن الحسن » الأمور التى يخـالف فيها السفيه الصبى المميز فقال : « المحجور بمنزلة الصبى الا فى أربعـة . أحدها : أن تصرف الوصى فى مال الصبى جائز وفى مال المحجور عليـه باطل ، والثانى : أن اعتاق المحجور وطلاقه وتدبيره ونكاحه جائز ومن الصبى باطل ، والثالث : المحجور عليـه اذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبى لا تجـوز ، والرابع : جارية المحجـور اذا جاءت بولد فادعاه يثبت نسبه منـه ومن الصبى لا يثبت ، انظر كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٤٩٢ ، تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ١٨٠ ، الزيلعى جـ ٥ ص ١٩٦ ــ ١٩٨ .

واستثنى الفقهاء من ذلك وصـايـاه فى وجوه الخير والبر فانهـا تصح استحسانا لا قياسا لأنها لا تنفذ الا بعد مماته .

وذهب الشـافعية الى أن تصرفاته وعقـوده المتعلقـة بالأموال لا يصـح شىء منها ولا تنفـذ ولو أذن الولى فى الأصـح عنـدهم الا فى النكاح خاصـة فانه يجوز باذن الولى .

أما التصرفات غير المـالية[1] فانها تصح منه .

أما الحنـابلة : فيذهبـون الى أنه لا يصـح شىء من عقـوده وتصرفاته المتعلقة بالأموال الا باذن الولى . واسـتثنوا عقـد النكاح فقالوا يجـوز للسـفيه أن يتولاه بنفسـه لنفسـه اذا كان محتـاجا اليـه وامتنع الولى من تزويجه .

أما التصرفات غير المـالية فانها تصح منه[2] .

والمـالكية يربطون عقـوده وتصرفاته بالمصلحة فحينما وجـدت أجازها الولى والا تعين عليـه ردها ، وقالوا بصحة طلاقه واستلحاق نسـبه ونفيه بلعان ويقتص منـه اذا جنى على غيره فى نفس أو جرح ويصح اقراره بالعقوبات[3] .

* * *

رابعاً ـ ذو الغفلـة[4]

هو الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة ، فيغبن فى المعـاملات المـالية لبساطته وسـهولة خدعه ومن هنـا كان وجـه التشابه بينه

---

(١) كالطلاق والخلع والظهار والايلاء واقراره بالحدود والقصاص ؛ اما اقراره بدين او بجناية توجب دفـع المـال فلا يصـح ، انظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٦٠ ـ ١٦١ .

(٢) كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧ .

(٣) الدسوقى ـ على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٩٥ ـ ٢٩٨ .

(٤) قد يعبر عن ذى الغفلة بالضـعيف ولعـله المراد من الضعيف فى قوله تعالى : ﴿ **فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل** ﴾ (البقرة : ٢٨٢) انظر محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٨

وبين السـفيه وهو فسـاد التقدير وسـوء التـدبير واتلاف الأموال ولذلك اعتبر حكمهما واحد ، اذ أن كلا من السـفيه والمغفل لا يؤثر السـفه والغفلة على أهليتهما لأن كمال الأهليـة تابع لكمال العقـل والسـفيه والمغفل عقلهما كامل .

ولكن يظهر الفرق بينهما فى أن السـفيه كامل الادراك ، لكنـه مكابر فى اندفاعه فى اتلاف المـال ممـا يجعله ضعيف الارادة أما ذو الغفلة فضعيف الادراك [1] .

وعلى ذلك فالصبى المميز والمعتوه والسفيه وذو الغفلة يعتبرون قاصرى الأهليـة ومن عداهم من الأشـخاص المميزين يعدون كاملى الأهلية ، فكل شخص بالغ عاقل رشـيد له أهلية أداء كاملة سواء أكان ذكرا أم أنثى وسـواء أكان صحيحا أم مريضا ما دامت قواه العقليـة سـليمة .

* * *

● **المعتوه والسفيه وذى الغفلة فى القانون وفقهه (عوارض الأهلية) :**

تعريف : يتحدث فيها فقهاء القـانون باسم عوارض الأهلية أو تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن ، ويذكرون أنها أمور تعرض للشخص فتؤثر على التمييز عنـده وبالتالى على أهليتـه ، وقـد تظهـر على الشـخص بعـد بلوغ سـن الرشـد فتعدم أهليته أو تنقصها وقـد تظهر عليـه قبل بلوغ الشـخص سـن الرشـد فتؤدى الى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه .

وعوارض الأهلية فى فقه القانون اما عاهات تصيب العقـل وهى الجنون والعته ، أو عاهات تفسد التدبير وهى السفه والغفلة .

وعوارض الأهلية فى القانون المدنى المصرى لا تعـدم الأهليـة

---

(١) انظر بدران أبو العينين بدران ، الملكية ونظرية العقد ص ٤٤٣ .

أو تنقصها الا بتوقيع الحجر اذ تنص المادة (١١٣) مدنى مصرى على أنه : « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقا للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون »[١] وهذا هو قانون الولاية على المال .

* * *

● حكم المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة فى القانون وفقهه :

١ – المجنون :

الجنون اضطراب فى العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، ومن ثم فان تصرفاته القانونية تقع باطلة وعلى ذلك تنص المادة (١١٤) مدنى مصرى[٢] :

« ١ – يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه اذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ – أما اذا صدر التصرف قبل قرار الحجر فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

واذا قامت حالة الجنون عند الشخص قبل بلوغ سن الرشد حكمت المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، واذا طرأت حالة الجنون عند الشخص بعد بلوغ سن الرشد يحجر عليه وتقيم المحكمة قيما لادارة أمواله .

وتقع تصرفات المجنون بعد تسجيل قرار الحجر باطلة ، وقبل تسجيل قرار الحجر تكون صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة

---

(١) يقابل هذا النص مادة ١١٣ ليبى ، م ١١٤ سورى ، م ٩٤ ، ٩٥ عراقى ، م ٩٨ سودانى ، م ١١٩ كويتى .

(٢) يقابله مادة ١١٤ ليبى ، م ١١٥ سورى ، م ٩٩ سودانى .

وغير معروفة من الطرف الآخر فاذا كانت شـائعة بحيث يكون فى وسع الطرف الآخر أن يعلم بها أو كانت معروفة لديه كان التصرف باطـلا حتى ولو كانت قبل تسجيل قرار الحجر •

ولا تعود للمجنون أهليته الا بقرار رفع الولاية أو الوصـاية أو الحجر بناء على زوال الجنون ، وقبل ذلك تكون جميع تصرفاته باطلة حتى ولو صدرت فى فترة الافاقة •

٢ ــ المعتـوه :

العته كالجنون خلل يصيب العقل ولكنه يختلف عن الجنون فى أنه لا يكون مصحوبا بهياج ، والقانون المصرى يعتبر المعتوه كالمجنــون فى جميع الأحكام فهو فاقد الأهلية مثله ، وتقع تصرفاته باطلة •

٣ ــ السـفيه :

السـفه تبذير المـال على غير مقتضى العقل ومن ثم فهو يصيب التدبير وعلى ذلك فالسفه لا يعـدم الأهلية بل يجعل السفيه قاصرها أو ناقصها ، وعلى ذلك نصت المـادة (٤٦) من القـانون المدنى المصرى بقـولها[١] :

« كل من بلغ سـن التمييز ولم يبلغ سـن الرشـد وكل من بلغ سـن الرشـد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهليـة وفقـا لمـا يقرره القانون » •

وتنص المـادة (١١٥) مدنى مصرى فى هذا الصدد على ما يأتى :

« ١ ــ اذا صـدر تصرف من ذى غفلة أو من السـفيه بعـد تسجيل قرار الحجر سرى على هـذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام •

(١) يقابله م ٤٦ ليبى ، م ٤٨ سورى ، م ٥٣ سودانى •

٢ ــ أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال الا اذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ » [١] .

ويراد بالاستغلال فى النص المذكور أن يكون الغير عالما بحالة السفه فيعمل على الاستفادة منها كأن يدفع السفيه الى تصرفات يستغله بها كى يحصل على ميزات تجاوز الحد المعقول ، ويراد بالتواطؤ أن يكون هناك حجر يتوقعه السفيه ومن يتعاقد معه فيتواطآن على المبادرة الى ابرام تصرف قبل توقيع الحجر للافلات من أثر هذا الحجر .

وعلى هذا الأساس فان تصرفات السفيه اذا حجر عليه وكانت نافعة نفعا محضا صحيحة ، واذا كانت ضارة ضررا محضا كانت باطلة ، واذا كانت دائرة بين النفع والضرر كانت قابلة للابطال شأنه فى هذا شأن الصبى المميز على التفصيل السابق .

واستثنى القانون من القاعدة السابقة ما يأتى :

١ ــ يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها بشرط أن يؤذن له فى ذلك ، وعلى هذا تنص المادة ٢/١١٦ مدنى مصرى على أن :

« تكون أعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » [٢] .

وفى هذا الشأن تنص المادة (٦٧) من قانون الولاية على المال على أنه :

---

(١) يقابل هذا النص م ١١٥ ليبى ، م ١١٦ سورى ، م ١٠٩ ، ١١٠ عراقى ، م ١٠٠ سودانى .
(٢) يقابل هذا النص م ١١٦ ليبى ، م ١١٧ سورى ، م ١٠١ سودانى

« يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة باذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها وفى هـذه الحالة تسرى عليـه الأحكام التى تسرى فى شـأن القاصر المـأذون » .

وفيما يتعلق بالاذن بممارسـة التجارة لم يرد فى القانون المدنى المصرى نص مباشر فى هـذا الصدد ويذهب البعض [1] الى عـدم جواز اعطاء هذا الاذن للسفيه لأن حالة السفه تتجافى مع ما تتطلبه التجـارة من اعتدال وتدبير وبصر بحقيقة الأمور .

ويذهب البعض الآخر [2] الى أن ذا الغفلة والسـفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم وتكون أهليتهما بعـد تسجيل قرار الحجر ناقصـة كأهلية الصبى المميز فتثبت لهما أهليـة الاغتناء (التصرفات النافعـة نفعا محضـا) وتتقيد أهليـة الادارة وأهلية التصرف بالقيـود التى سـبق ذكرها فى الصبى المميز وتنعدم أهليـة التبرع وذلك اسـتنادا الى نص المـادة (١١٥/١) مدنى مصرى السالف الذكر .

٢ ـ يجوز للمحجور عليـه لسفه من التصرفات الضـارة ضررا محضـا الوقف والوصية بشرط أن تأذن له المحكمة فى ذلك ، وعلى هذا تنص المـادة (١١٦/١) مدنى مصرى اذ تقول :

« يكون تصرف المحجور عليه لسـفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحا متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

وهذا الحكم يسرى بالنسبة للصبى المميز الذى بلغ ثمانى عشرة سـنة من عمره بالنسبة للوصية ولكنه لا يسرى بالنسبة اليه فيما يتعلق بالوقف على حـين أنه كان الأولى فى نظرنا أن يسـوى بين الوقف

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٢٠٩ ، د. حسـن كيرة ، المدخل الى القانون فقرة ٣٠٨ ط ١٩٦٧

(٢) د. السنهورى ، الوسـيط جـ ١ ص ٣٠١ ، ٣٠٢ ، وأحكام النقض المشـار اليها فيه .

والوصية اذا كانا على الأقل فى وجوه الخير والبر كما هو مسلك الفقــه الاســلامى .

وفى هذا الخصوص يتضح أن لكل من القانون وفقهه مســلكه الخاص فى معالجة عقــود وتصرفات السفيه والذى يختلف عن مسلك الفقه الاســلامى وان كان القانون ورجاله قد تأثروا فى بعض المسائل بالفقه الاســلامى وبخاصــة فى تقســيم التصرفات والعقــود بحسب الأهلية ومداها وفى اعطاء مدلول دقيق لمعنى العتة والجنون والســفه والغفــلة .

٤ ـ ذو الغفلــة :

حكم ذو الغفلة فى القانون كحكم السفيه فى كل شىء .

* * *

● **اهلية المراة والمريض مرض الموت والمدين :**

ان المرأة حدث بشأنها خلاف بين الفقهاء فى أمرين هما :

الأول : مدى صلاحية عبارتها لانشاء عقد النكاح ، وبعبارة أخرى هل تصح عبارتها لانشاء عقد النكاح أم لا ؟

الثــانى : كمال ولايتها المالية فلم يكتف البعض بالبلوغ والرشد لثبوت أهلية الأداء بالنسبة لها بل اشترط فوق ذلك شروط أخرى .

كذلك المريض اختص ببعض الأحكام لتعلق حق الورثة والدائنين بمالــه .

وكذلك المدين حصــل خلاف فى تصرفاته .

وسنتناول هذه المسائل الثلاث بايجاز شديد موضحين الضوابط الفقهية فى كل منها :

اولا ـ أهلية المرأة فى الشريعة الاسلامية :

تتساوى المرأة مع الرجل فى الأهلية سـواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء عند جمهور الفقهاء فلها ذمة صالحة لثبوت الحقوق لهـا أو عليها ولها ارادة مستقلة تنشىء بها تصرفات يقرها الشرع •

غير أنه بالنسبة لأهلية الأداء ثار الخلاف فى أمرين نوجزهما على النحو التـالى :

١ ـ صلاحية عبارة المرأة لانشاء عقد النكاح وصحة مباشرتها له :

لا خلاف بين الفقهاء على حرية المرأة فى اختيار الأزواج فان تعنت أولياؤها وأساؤا وعضلوها عمن اختارت رفعت أمرها الى القاضى ليدفع عنها هذا الظلم والايذاء ما دام من وقع عليه اختيارها كفئا لها •

ولكن الخلاف فى كون النكاح ينعقد بعبارة المرأة أو لا ينعقد :

يذهب جمهور الفقهاء الى أن عبارتها لا تصلح لانشاء العقـد أصلا وان كان لابد من رضاها ما دامت بالغة رشيدة • وان أقدمت على العقد بعبارتها وقع النكاح باطلا ، ومن ثم فهى بالنسبة لعقد النكاح عديمة الأهليـة [١] •

وخالف أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية الجمهور وقال : ان النكاح ينعقد بعبارة المرأة الرشـيدة فيجوز لها أن تزوج نفسـها وتزوج غيرها الا أن يكون الزوج غير كفء فيكون للولى أن يفرق بينهمـا •

وذهب محمد بن الحسن الى أن النكاح ينعقد بعبارتها موقوفا على اجازة وليها سـواء أكان الزوج كفء أم غير كفء • ويروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنهما قالا بعدم انعقاد العقد بعبارتها فى غير

---

(١) انظر فتـاوى ابن تيمية ـ ج ٣ ص ٢٧٠ ـ احكام القرآن للجصـاص ج ١

الكفء ، واختار بعض المتأخرين الفتوى بهـذه الرواية نظرا لفساد الزمـان [1] .

٢ – كمال ولايتها المـالية :

يرى جمهور الفقهاء أن المرأة البالغة الرشيدة لها أهلية أداء كاملة بالنسبة لأموالها وليس لأحد سلطان عليها فى ذلك ، فالمرأة كالرجـل بالنسبة للأموال .

خالف مالك ومن وافقه الجمهور فى موضعين هما :

(أ) البكر البالغـة :

بالنسبة لها يرى مالك استمرار الحجر عليها ولو بلغت رشيدة حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويشهد العدول على رشدها .

ويرى بعض أصحاب مالك أنه أيضا لا بد من مضى سنة بعـد الدخول وقيل سنتان ، وقيل ستة ، وقيل سبعة .. هذا فى ذات الأب ، أما ذات الوصى فلا ينفك الحجر عنها الا بشرط آخر زائدا عما سبق هو أن يفك الحجـر عنها بالوصى أو المقـدم بعد الدخول والا كان تصرفهـا مـردودا [2] .

(ب) المرأة المتزوجة الرشـيدة :

ليس لها أن تتبرع من مالها بغير اذن زوجها بأكثر من الثلث وهو رواية عن الامام أحمد رضى الله عنه [3] .

---

(١) الزيلعى جـ ٢ ص ١١٧ .

(٢) انظر فى الرد على مالك : المحلى – جـ ٨ ص ٣١٣ ، ٣١٤ ، انظر د . محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٦٥

(٣) سنده فى هـذا الرأى ما روى من أن امراة كعب بن مالك اتت النبى بحلى لها فقال لها النبى ﷺ : « لا يجـوز للمراة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعبا ؟ فقالت : نعم ، فبعث اليه ﷺ فقـال : هل اذنت لهـا أن تتصـدق بحليها ؟ قال : نعم ، فقبـله ﷺ . رواه ابن ماجه ، وحديث الرسول ﷺ : « تنكح المراة لمالها . . . » يراجع المغنى جـ ٤ ص ٥١٨ . والحديث الأول ضعفه اكثر العلماء .

وما قال مالك لا يقف أمام عموم النصوص التى جاءت بشـأن الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء •

ثانيا ــ المريض مرض الموت :

المريض مرض الموت : هو الذى يكون فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة ويتوقعه بسبب مرض يؤدى عادة الى الموت غالبا وأن يتصل الموت بهذا المرض فعلا ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب •

هذا هو الضابط فى مرض الموت ، أما أماراته وأعراضه فقـد اختلف فيها الفقهاء ، فمنهم من قال : أن يكون الشخص صاحب فراش لا يقوم بحوائجه داخل البيت كما يعتاده الأصحاء ، ومنهم من قال : ان الشخص لا يستطيع القيام بمصالحه خارج الدار ••• الخ [1] •

وقد ألحق الفقهاء بالمريض مرض الموت الأشخاص الذين يكونون فى حالة تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجـاء والهلاك على النجاة والحياة • ومن هؤلاء من قدم للقتل قصاصا ، أو حدا ، ومن ركبوا البحر فتلاطمت الأمواج واضطربت ••• الخ ، أما المرض الذى يطول أمده وأصبح الشخص معه لا يخاف الموت بسببه ففى هذه الحال يكون المريض كالصحيح •

وهـا أيضا اختلف الفقهـاء فى أمارات المرض المزمن الذى اذا تقادم أصبح لا يخشى الموت منه ، فمنهم من قال : انه المرض الذى لا يتزايد يوما بعد يوم بل يسـتمر على حال واحدة كالشلل ، ومنهم من قال : انه ما استمر سنه فأكثر من غير أن يزداد [2] •

---

(1) ابن عابدين ــ حاشية المختار على الدر المختار جـ ٢ ص ٧٢١ ، كشف الأسرار جـ ٤ ص ٤٢٧ ، فتح القدير جـ ٣ ص ١٥٠ ، تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٢ ص ٢٤٨ •

(٢) بهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية فى المـادة ١٥٩٥ ــ أنظـر الزيلعى جـ ٢ ص ٢٤٨ ، فتح القدير جـ ٣ ص ١٥٥ ، ابن عابدين جـ ٥

● **عقود وتصرفات المريض مرض الموت :**

١ – تعلق حق الدائن وحق الوارث بمال المريض :

يتعلق بأموال المريض مرض الموت حق الورثة وحق الدائنين ولهذا كان ممنوعا من كل تصرف يؤدى الى الاضرار بهؤلاء حتى يجيزوه مع الأخذ فى الاعتبار حقه الشخصى وحاجاته الخاصة فى ماله ، فان كان تصرفه لحاجاته الخاصة وأموره الضرورية التى لاغنى له عنها كان غير ممنوع منه ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة .

والمريض مرض الموت له أهلية أداء كاملة ما دام بالغا عاقلا رشيدا الا أنه لما كان مرض الموت سببا عاديا فى الموت ، والموت سبب فى أن يتعلق بماله حقوق الدائنين وأن يثبت بالخلافة حق الورثة فى التركة ، لما كان ذلك صار مرض الموت سببا فى تعلق حقوق الدائنين والورثة بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض (١) .

ولكن تعلق حق الدائن بمال المريض يقصد به التمكن من الاستيفاء ولذا فهو تعلق معنى لا صورة ، أى لا يتعلق بأعيان الأموال وذواتها وانما بماليتها وقيمتها . أما تعلق حق الورثة فهو بقصد خلافتهم عن المريض وقد قال أبو يوسف ومحمد أنه يتعلق بمالية التركة لا بأعيانها سواء بالنسبة لتصرف المريض مع الأجنبى أم بالنسبة لتصرفه مع الوارث ، وفصل أبو حنيفة فقال : ان حق الورثة متعلق بمالية التركة فقط بالنسبة لتصرف المريض مع الأجنبى ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحق الورثة متعلق بمالية التركة وأعيانها (٢) .

---

(١) انظر كشف الاسرار على أصول فخر الاسلام ج ٤ ص ١٤٢٧ ، ١٤٢٨ .

(٢) يراجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٢٩ ، جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٨

وان اعطاء الوارث حقا [1] فى مال المريض حـال حياته انما هو فرض اعتبارى لكى يستقيم الأمر وتتسق المبادىء الفقهية .

٢ ـ آثار تعلق حقوق الدائنين والورثة فى تصرفات المريض :

(أ) تصرفات نافذة ولا تحتاج الى اجازة أحد وهى التصرفات غير المـالية التى تكون اشباعا لحاجاته الحيوية ، والتصرفات التى لا تمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها وأرباحها ، ومن هـذه التصرفات ما يأتى :

ـ النكاح بشرط ألا يزيد المهر على مهر المثل وكذا الطلاق ، غير أنه اذا طلقها بائنا من غير رضاها يعتبر فارا وتستحق ميراثها ان مات وهى فى العـدة وذلك عند الحنفية ، وذهب أحمد وابن أبى ليلى الى أنهـا تستحق الميراث ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج قبل موته ، وعند مالك ترث دون قيد حتى ولو تزوجت ، وقال الشـافعى : لا تستحق الميراث ولو كانت فى العـدة [2] .

ـ شراء ما يلزم لعلاجـه وحاجاته التى لا يستغنى عنها اذا كان الشراء من أجنبى ، أما لو كان من وارث فقيل لا يصح مطلقا ، وقيل يصح ما لم تكن هناك محاباة فى الشراء[3] .

ـ العقـود على المنافع كالاجارة والاعارة ـ ومثلها المزارعـة والمسـاقاة .

ـ العقود التى لا تمس رأس المـال وانما تتعلق بالأرباح وذلك كعقد الشركة .

---

(1) ثار الخلاف بين الفقهاء الأحناف ـ حول طبيعة حق الورثة فالمتقدمون يعتبرونه حق ملكية ، والمتأخرون يعتبرونه حق ميراث وخلافة فقط ، أنظر البدائع جـ ٣ ص ٢٢٠ ـ ٢٢٢

(2) انظر الأحوال الشـخصية ـ أحمـد ابراهيم ، فتح القـدير جـ ٣ ص ١٥٠

(3) انظر جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٧٩ .

(ب) تصرفات يمنع منها ويحجر عليه منها — وهى :

التصرفات المـالية الخالصة التى تمس رأس مال التركة بالنقص اذا كان فيها اضرار بالدائنين وبالورثة ، ففى هذه الحالة يتوقف نفاذها على اجازتهم ان شاءوا أجازوها وان شاءوا أبطلوها بعد تحقق الموت اذ يكون المريض فى هذه التصرفات كالفضولى .

وقد قسم الفقهاء اقوال المريض التى تمس حقوق الدائنين والورثة الى قســمين :

القســم الأول — اقرار المريض :

أقوال اخبارية تثبت حقوقا مالية وهـذه ان كانت لأجنبى فهى صحيحة وتتأخر عن استيفاء ديون الصحة [1] .

أما ان كانت لوارث فانها لا تنفـذ الا اذا صـدقه باقى الورثة ويشترط فى الوارث المقر له أن يقوم به سبب الارث عند الاقرار وأن يكون وارثا بالفعل عند الوفاة .

القسم الثانى — تصرفات المريض الانشائية المـالية :

وهده ان كانت لا تقبل الفسخ كالعتق تصدر من المريض فى حكم المعلقة على الموت [2] ، وان كانت هذه التصرفات تقبل الفسخ كالبيع والشراء ... الخ .. فتقوم على القواعد الآتية :

---

(1) وهى الديون الثابتة قبل المرض باقراره فى صحته او التى تثبت بعـد المرض بحجج وبينات أو التى باشر أسبابها وقت المرض وعاينته شـهود .

(2) فاذا اعتق عبده وقد تعلق بماليته حق الغرماء أو الورثة بأن كان الدين مستغرقا أو زادت قيمة العبد على ثلث التركة لم ينفذ العتق فى الحال فاذا مات مولاه عتق وعليه ان يوصى بقيمته للغرماء أو بما زاد على ثلث التركة للورثة .

أولا — ان كانت لوارث لا تنفذ الا باجازة الورثة [1] .

ثانيا — اذا كانت التركة مستغرقة بالديون :

ففى هذه الحالة يكون حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، ويتعلق حق الدائنين بمالية التركة وقيمتها ومن ثم فكل تصرف من المريض يؤثر على مالية التركة بالنقص والضرر يكون موقوفا على اجازة الدائنين والعكس صحيح الا أن الورثة فى هـذه الحالة اذا أرادوا استخلاص التركة بقيمتها وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة ، وان كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاص التركة بقيمتها الا برضا الدائنين .

ثالثا — اذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون : كأن لم تكن مدينة أصلا أو كان الدين غير مستغرق وقد استوفى الدائنون حقهم كان للورثة الحق فى ثلثى الباقى من التركة بعد أداء الدين ويمنع المريض من كل تصرف يمس الثلثين ويتوقف على اجازتهم ما زاد على الثلث حق المريض يتصرف فيه بما يشاء .

ويلاحظ بالنسبة لأحكام تصرفات المريض المالية التى تقبل الفسخ أنها لا تكون الا بعد الوفاة ، أما فى حال الحياة فهى صحيحة .

---

(١) يلاحظ أن أبا حنيفة منع البيع من الوارث ولو بمثل القيمة أو أكثر وأجازه الصاحبان اذا لم تكن هناك محاباة . كما يلاحظ انه اذا كان التصرف وقفا فان كان يخرج من الثلث فأصل الوقف صحيح وينفذ ولكن لا تصرف الغلة للوارث الا اذا أجاز الورثة وان لم يجيزوا تصرف لهم الغلة على حسب الميراث ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث الموقوف عليه حيا فاذا مات انتقلت الغلة الى ورثته اذا شرط الواقف ذلك وليس لورثة الواقف الأحياء حق فى الغلة حينئذ ، أنظر جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٧ ، ١٧٨

ثالثا — عقود تصرفات المدين :

لا يجوز الحجر على المدين عند أبى حنيفة ولا يجوز للحاكم أن يتصرف فى ماله ان كان له مال ولكن يجوز له حبسه حتى يبيع ماله ويؤدى ديونه .

وخالف سائر الأئمة أبا حنيفة وقالوا : للحاكم أن يحجر على المدين اذا طلب غرماؤه ذلك واذا حجر عليه تعلق حق الدائنين بماله ويمنع من التصرفات التى تمس حقوقهم وتضر بهم [1] . وللحاكم أن يبيع ماله ويقسمه بين الغرماء بالحصص ان لم يف بجميع الدين .

* * *

الفـــرع الثانى : النيابة فى التعاقد فى الفقه الاســـلامى

أولا — الولايـــــة

سبق القول بأن مناط الأهلية اللازمة لصحة العقد أن تكون عبارة العاقد فى ذاتها صالحة لأن تنعقد بها العقــود والتصرفات فاذا سلحت عبارة الشخص لأن تنعقد بها العقود كانت لديه أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، واذا لم تكن عبارته صالحة لذلك انتفت لديه أهلية الأداء أصلا ومن ثم تكون أهلية الأداء شرط من شروط الانعقاد [2] .

---

(١) أما التصرفات التى لا تمس حقوقهم فلا يمنع منها فيصــح طلاقه وخلعه ونحو ذلك كما يجوز له من التصرفات ما يتعلق بذمته فاذا اشترى أو تكفل أو اقترض صح لأنه أهل للتصرف والحجر عليه لحق الغرماء فى ماله لا فى ذمته لكن ليس لمن تعامل معه الحق فى أخذ ديونه الا اذا استوفى الغرماء حقوقهم . ويرى أبو يوسف ومحمد أن البيع اذا كان بثمن المثل يجوز لأن المنع لحق الغرماء وليس فى البيع بثمن المثل ابطال لحقهم . انظر تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ١٧٤ ، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٣٨ ، المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٤٥٦ ، كشـــاف القنـــاع جـ ٢ ص ٢٠٩

(٢) أنظر د . محمد شوكت ، نظرية العقد ص ٧٧

معنى الولاية : عرفها الفقهاء بأنها سلطة شرعية تمكن من تثبت له من انشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب آثارها الشرعية عليه[1] .

أقسامهـــا :

١ ــ ولاية ذاتيـــة(٢) :

وهى ولاية الانسان على نفسه وعلى ماله وتكون لكامل الأهلية فكمال الأهلية تثبت معه بالضرورة الولاية التامة على شئون نفســه ويتمكن من مباشرة عقــوده وتصرفاته ولا يحــد من ذلك الا ما يتعلق بحقوق الغير .

وقد سبق الحديث عنها ونحن بصدد بحث أهلية الأداء .

٢ ــ ولاية الشخص على غيره :

وهذه قد تكون مستمدة من الشارع ابتداء من غير انابة أحد .

وهى لا تكون الا للأب أو الجــد الصحيح (أبى الأب) على الصغير ومن فى حكمه ولا يملك أحدهما التنازل عنها وتســتمر حتى يزول ســببها .

وقد تثبت الولاية على الغير بطريق النيابة كما فى ولاية الوصى الذى أقامه الأب أو الجــد أو القاضى .

ولهذا النوع من الولاية ترتيب ، وللولى أو الوصى فيه تصرفات لها شروط روعى فيهــا مصلحة المولى عليه ليس هنا مجال تفصيلهــا

---

(١) انظر كشف الأسرار جـ ١ ص ٣٣

(٢) ويسميها البعض « ولاية بالاصالة » كأن يكون الشخص مالكــا للمعقود عليه وصاحب الشأن فيه ويكون سببها فى هذه الحالة الملك ــ انظر د . محمد شوكت ، المرجع السابق ص ٦ ، محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ــ ص ٣٧٩

فمكانها فى الأحوال الشخصية أنسب ، وتنقسم الولاية على الغير الى نوعين همـــا :

(أ) ولاية على النفس : وتكون فى الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتزويج وغيرها .

(ب) ولاية على المـــال : وتكون فى التصرفات المتعلقة بالمـــال مثل ولاية الأب أو وصيه على أموال الصغير .

٤ ــ ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشان :

(الموكل) وهى نوع من الولاية النيابية التى يستمدها الشخص (الولى) ممن أنابه وسنفردها بالبحث فيما سيأتى :

● شروط الولى :

١ ــ أن يكون عاقلا : فلا ولاية للمجنون والصبى غير المميز على نفسه ومن ثم فلا ولاية له على غيره من باب أولى .

٢ ــ اتحاد الدين بين الولى والمولى عليه .

٣ ــ القــدرة على التصرفات التى تدخــل فى ولايتــه مع كونه أمينــا [١] .

* * *

ثانيا ــ الوكالة في التعاقد

معناها : اقامة الشخص غيره مقام نفسه فيما يملكه ى تصرف جائز معلوم قابل للنيابة[٢] . فكل ما يملكه الشخص بنفسه يكون قابلا للانابة

---

(١) **اختلف الفقهاء** فى اشتراط الاستقامة فلم يشترطها الأحنــاف وبعض الشــافعية فى الولاية على النفس ، أمــا الحنابلة : فيشــترطون الاستقامة والرشد أيضا ، انظر الاختيار شرح الدر المختار جـ ٢ ص ١٩٨ ، مشار اليه فى نظرية الملكية والعقد ، بدران أبو العينين ص ٤٦١

(٢) أنظر فتح القدير جـ ٦ ص ١٠١ ، الهداية جـ ٢ ص ١٠٩ ، أنظر المــادة ٩١٥ وما بعدها من مرشد الحيران .

فيه[1] ، وهذا هو الضابط فيما تجوز فيه الوكالة من العقود ، فما لا يملكه الشخص بنفسه لا يملك التوكيل فيه .

شروطهـا : اشترط الفقهاء لصحة الوكالة شروطا فى الموكل وشروطا فى الوكيل وشروطا فى محل الوكالة .

أولا ـ شروط الموكل :

الوكيل يستمد ولايته على العقد من الموكل ، ولذا يجب أن يكون الموكل ذا أهلية للعقد[2] الذى يعقده وكيله نيابة عنه لأن العقد ينفذ بتمكين الموكل منه .

والضابط فى ذلك أن كل شخص تثبت صحة تصرفه فى شيء بنفسه جاز له أن يوكل غيره فيه .

ثانيا ـ شروط الوكيل :

لم يشترط الحنفية فى الوكيل الا صلاحية عبارته لأن تنعقد بهـــا العقود ، وهو أن يكون عاقلا ســواء أكان بالغا أم لا فيصح عندهم أن يكون الصبى المميز وكيلا عن غيره[3] .

واشترط غيرهم أن يكون الوكيل من أهل التصرف فيما وكل فيه بأن لا يكون ممنوعا منه شرعا ، ومن ثم فلا يصح توكيل المرأة فى عقد

---

(1) لم يستثن الشرع شيء من العقود والتصرفات الا تلك التى اشترط ان يتولاها ذوى الشان بنفسه كاستيفاء القصاص من الجانى فقد جعل لوليه سلطانا فيه دون سواه فلا يقبل التوكيل فيه ومثله الشهادة واليمين وغيرهما مما لا يقبله الشرع الا من الشخص نفســه .

(2) واشـترط استمرار تلك الأهلية أيضا الى حين انتهاء العقـد والا بطلت ولاية الوكيل . انظر الزيلعى جـ ٤ ، مغنى المحتـاج جـ ٢ . والدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ، بداية المجتهد جـ ٢

(3) بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٢٠

النكاح ، كما لا يجوز عند الشافعية وكالة الصبى المميز ، وجوز ذلك الحنابلة والمالكية اذا كان الصبى مأذونا له من الولى .

والوكيل يعقد العقود بعبارته هو لا بعبارة الموكل[1] التى ليس لها دخل فى تكوين العقد ، وما يترتب على ذلك انما يتعلق بالوكيل فيكون له الفسخ بخيار المجلس وبالخيار المشروط ، وما عساه يكون عيبا فى الرضا انما يتعلق بارادته هو وغيرها من الأمور التى تتعلق بالرضا ، اذ العبرة فى الرضا انما هو رضا العاقد وهو الوكيل فى هذه الحالة .

***

● الى من يرجع ويتعلق حكم العقد وحقوقه فى العقود التى يتولاها الوكيل ؟

حكم العقد هو الأثر الشرعى المترتب عليه لكل من العاقدين قبل الآخر . مثل ثبوت ملكية المبيع للمشترى وثبوت ملكية الثمن للبائع . أما حقوق العقد فهى كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد ، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن وغيرها من الأمور التى يتوصل بها الى تنفيذ حكم العقد وترتيب آثاره عليه ، وحكم العقد يرجع الى الموكل[2] الا أنه لو ثبت للوكيل لكان عاقدا لنفسه لا لغيره والغرض خلافه .

أما حقوق العقد فالضابط بشأنها يختلف باختلاف طبيعة العقد نفسه :

١ — فالعقود التى لا تتراخى أسبابها عن أحكامها أى تتصل أسبابها بآثارها فورا[3] ، وكذا العقود التى لا تتم الا بالقبض ، والقبض

---

(١) تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ١٧ ، بدائع الصنائع جـ ٦ ص ٣٣، مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤

(٢) اختلف الفقهاء فى طريقة انتقال الحكم الى الموكل ، هل بطريق الأصالة أم بطريق الانتقال — انظر محمد أبو زهرة ص ١٩٢ وما بعدها .

(٣) مثل النكاح — والخلع — وما يشبهها من العتاق — والطلاق .

فيها جزء متمم للعقـد[1] ، ترجع الحقـوق والأحكام فيها الى الموكل ولا يكون الوكيل الا سفيرا أو معبرا أو ناطقا بالعبارة فقط ولابد من اضافتها الى الموكل .

٢ ـ أما العقود التى ليس من خواصها ما يمنع من اضافتها الى الوكيل من كل عقد يصح أن يكون صادرا من شخص مع ثبوت الحكم لشخص آخر [2] ، فان حكم العقد يكون للموكل وحقوقه للوكيل عند الحنفية والمـالكية والشافعية[3] .

وذلك اذا كان الوكيل من أهل الضمان [4] فان حقوق العقـد لا ترجع اليه بل الى الموكل ، ولو أضاف العقد الى نفسه لأن رجوع

---

(١) مثل الهبة ـ والقرض ـ والاعارة ـ والرهن ـ والصدقة .

(٢) كالبيع ـ والاجارة ـ ونحوهما .

(٣) تذكر كتب الحنفية أن الشافعية على خلاف هذا القول اذ يقولون بأن حقوق العقد كأحكامه ترجع الى الموكل ، انظر المبسوط للسرخسى جـ ١٢ ص ٢٠٣ ، تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ١٧ ، وان كانت بعض كتب الشافعية ، ورد فيها ما يطابق رأى الجمهور من الفقهـاء ، أنظر مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٢١٤

(٤) وذهب الحنابلة الى ان حقوق العقد ترجـع الى الموكل ، انظر كشاف القناع جـ ٢ ص ٢٣٨ ، شرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ١٧٨ .

من احكام القضـاء المقررة لهـذا الحكى (نقض مـدنى جلسـة ١٩٥٦/٢/٩ ، السنة ٧ ص ١٦٨ مجموعة المكتب الفنى) حيث قرر انه « متى قررت محكمة الموضوع أن مدينا متضامنا قام بتسوية الدين ونزع ملكية أطيان المدينين الآخرين وشرائها بالمزاد لنفسه وانه او فى مقـابل التسوية لحسابهم جميعا من المـال المشترك فان النيابة التبادليـة فى الالتزامات التضامنية أو الوكالة الضمنية التى قررتها تلك المحكمـة فى هـذه الحالة وتمنع من اضافة الملك الى الوكيل أو النائب الراسى عليه المزاد بل ويعتبر رسـو المزاد كأن لم يكن الا فى خصـوص انهاء عـلاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم » .

الحقوق اليه ضمان وكفالة وهو لا يملك أن ينشىء الكفالة لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقــد منه[1] .

* * *

ثالثا — شروط محل الوكالة

١ — أن يكون معلوما للوكيل وتغتفر الجهالة اليسيرة غير المفضية الى النزاع فى الوكالة الخاصة ، أما الوكالة العامة فذهب الحنفية والمالكية للقول بصحتها ولو كان محلها مجهولا كأن يقول شـخص لآخر : أنت وكيلى فى كل شىء ، وقيدها المـالكية بالعرف[2] .

٢ — أن يكون محل الوكالة من التصرفات الجائزة شرعا .

٣ — أن يكون محل الوكالة من التصرفات التى تقبل النيابة[3] .

● **أنواع الوكالـة :**

تنقسم الوكالة الى : وكالة عامة — ووكالة خاصة أو وكالة مطلقة — ووكالة مقيدة .

(أ) الوكالة العامـة :

تكون الوكالة عامــة اذا اشتملت على كل أمر يقبل النيـابة ،

---

(١) فان كان صبيا مميزا او محجورا عليه ، وقد ذهب بعض الفقهاء منهم ابو يوسف فى غير ظاهر الرواية أن لمن تعاقد معه غير عالم بحالة حـق الفسخ كالفسخ بخيار العيب ، ولكن المروى فى ظاهر الرواية انه لا خيـار للعاقد مع الوكيل المحجور عليــه لأن الجهل هنـا ليس بعـذر ، انظر البدائع ، جـ ٦ ص ٣٤ ، انظر محمـد ابو زهرة ، نظرية الملكيـة والعقد ، ص ٣٩٠ .

(٢) انظـر المغنى جـ ٥ ص ٩٤ ، مـواهب الجليـل جـ ٥ ص ١٩١ — ١٩٤ ، الهداية جـ ٣ ص ١٣٩ .

(٣) فمن التصرفات ما لا يقبل النيابة : وهى التى تكون فيها شخصيه الفرد « الموكل » محل اعتبار كالصلاة ، والصيام ، واليمين ، والشهادة انظر مواهب الجليـل جـ ٦ ص ١٦ ، جـ ٥ ص ٢٠ ، المهــذب جـ ٢ ص ٣٣٦ ، ومن التصرفات ما يتردد بين قبول النيابة وعدمه ، مثـل القصاص ، انظر المغنى جـ ٥ ص ٩٢ ، الهداية جـ ٣ ص ١٣٦ .

كأن يقول الشخص لآخر : أنت وكيلى فى كل شىء . وقال الحنفية : بصحتها الا أن الوكيــل يتقيد عند الصاحبين بما تعارف عليــه الناس والا كان فضوليا توقف تصرفه على اجازة الموكل ، واستثنى الشــافعية بعض التصرفات التى فيهــا ضرر بالموكل : كالتبرع ــ والطــلاق ــ والابراء ، فاشترطوا النص عليها صراحة من الموكل .

(ب) الوكالة الخاصــة :

هى التى يقيد فيها الموكل والوكيل فى تصرف معين ــ وبعبــارة أخرى اذا اقتصرت على أمر أو أمور معينة ــ مثل أن يقول : أوكلتك فى بيع دارى .

أو هى التى يقيد فيها الموكل الوكيل فى تصرف معين موصوف، للوكيل بما وصفه الموكل ومشروط بالشروط التى يريدها الموكل فى هذا التصرف كأن يقول له : وكلتك فى بيع هــذه الأرض بثمن حال قدره كذا أو بثمن مؤجل الى سنة أو مقسط على أقساط سنة . وهكذا.

فالوكيل مقيد بما قيده به الوكيل الا أن تكون فى المخالفة نفع للموكل وخير له فينفذ تصرفه فى هــذه الحالة لأن الرضا بشىء يعد متحققا بما هو خير منه .

أما اذا كانت المخالفة لا خير ولا نفع فيها فيكون التصرف موقوفا على اجازة الموكل ، لأن الوكيل يكون فضوليا فى هــذه الحالة وذلك عند الحنفيــة .

* * *

نظرية النيابة فى التعاقد فى القانون وفقهه

قد يتعاقد الشــخص بنفسه ويعبر عن ارادته فى ابرام عقــوده وتصرفاته وهــذا هو الأصل وقد ينوب عنه غيره فى ذلك .

والأصل أن النيابة تجوز فى كل تصرف قانونى ، ويستثنى من ذلك التصرفات التى تكون فيها شخصية صاحب الشأن محل اعتبار كحلف اليمين والتوقيع .

وقد استطاع الفقه والقضاء أن يستخلصا نظرية عامة للنيابة ، والتقنين المدنى المصرى سلك فى ذلك مسلك القوانين الحديثة فأقام للنيابة نظرية عامة فى المواد من (١٠٤) الى (١٠٨) مدنى .

وفقه القانون على النحو السالف يتحدث فى النيابة فى ثلاث مسائل هى :

١ ـ شروط تحقق النيابة . ٢ ـ آثار النيابة .
٣ ـ تعاقد الشخص مع نفسه .

١ ـ تعريف النيابة وأنواعها :

تعرف النيابة بأنها حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل بناء على سلطة تثبت له فى ابرام تصرف قانونى باسم الأصيل ولحسابه بحيث ينصرف الأثر القانونى للتصرف مباشرة فى ذمة الأصيل كما لو كانت الارادة قد صدرت من الأصيل[1] .

والقاعدة العامة هى أن كل عقد يجوز للشخص أن يبرمه بنفسه يجوز له أن يبرمه بواسطة نائب ، الا ما استثنى كحلف اليمين والتوقيع .

والفقه القانونى الحديث يذهب الى أن التعبير الذى يصدر من النائب انما هو تعبير عن ارادته هو لا عن ارادة الأصيل وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، ففى هذه الحالة الأخيرة يكون معبرا عن ارادة الأصيل لا عن ارادته هو ، والجديد والجدير بالاهتمام هو أن التعبير الذى يصدر من النائب معبرا عن ارادته هو الا أنه ينتج أثره فى شخص غيره وهو الأصيل .

* * *

(١) انظر د. حلمى بهجت بدوى ، أصول الالتزامات ص ٧٥ وما بعدها ، د. احمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ص ٩١ وما بعدها ، د. سليمان مرقس ، مرجع سابق ص ١٥٨ وما بعدها ، د. انور سلطان ، مرجع سابق ص ٤٦ ، د. محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٧٧ وما بعدها .

● **أنواع النيـابة :**

يتحدد نوع النيابة بحسب مصدر انشائها والذى يبين حـدود سلطة النائب ونطاقها وعلى هـذا الأساس اما أن تكون نيابة قانونية أو نيابة اتفاقية .

وفى النيابة القانونية يستمد النائب سلطته من القانون ويحـدد القانون الشروط الواجب توافرها فيه كالولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضـائى والفضولى والدائن الذى يسـتعمل حق مدينه أما بالنسبة الى المصـدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة فتكون قانونية كما فى الولى ، فالقانون يحدد شخص الولى مباشرة كالأب حيث يعتبر وليا على أولاده القصر بنص القـانون دون حاجة الى المحكمـة لتعيينه ، وتكون قضائية اذا كانت جهة القضـاء هى التى تختار النائب كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى[1] .

وفى النيابة الاتفاقية فان النائب يستمد سلطته من الاتفاق المبرم بينه وبين الأصيل فهذا الاتفاق هو الذى يحدد نطاقها وذلك كالوكالة ، ومن ثم فعقـد الوكالة هو الذى يعين الوكيل ويحـدد نطاق نيابته ، ولهذا تكون نيابة اتفاقية بالنسـبة الى المصـدر الذى يحـدد نطاقها وبالنسبة الى المصدر الذى يضفى صفة النيابة .

٢ ـ شروط تحقق النيـابة :

يشترط لقيام النيابة وتحققها توافر ثلاثة شروط هى :

(أ) أن تحل ارادة النائب محل ارادة الأصيل .

(ب) أن يكون التعاقد باسم الأصيل لا باسم النائب .

(جـ) ألا يجاوز النائب الحدود المرسومة للنيابة .

---

(١) د. السنهورى ، الوسيط ص ٢٠٣ هامش ١ ، د. محمد لبيب شنب ص ٧٨ .

(أ) حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل :

فالنائب وان كان يتعاقد لحساب الأصيل الا أنه يتعاقـد بارادته هو فهو لا يستبعد ارادة الأصيل ومن ثم فلا تكون هناك نيابة الا اذا كانت ارادة النائب تسـاهم فى ابرام التصرف وان اختلف القدر الذى تسـاهم به ارادة النائب فى ابرام العقد من حالة الى أخرى بحسـب ما يخول له من سلطة فى التقدير والتصرف .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

١ ــ أن عيـوب الرضـا ينظر فيها الى ارادة النائب لا الى ارادة الأصيل ، فالغلط أو التدليس أو الاكراه يجعل العقد قابلا للابطال حتى ولو كانت ارادة الأصيل سليمة من هذه العيوب سـواء صدرت ضـد النائب أو صدر التدليس أو الاكراه منه أو من الأصيل .

٢ ــ أن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل فى الأحوال التى يرتب فيها القانون أثرا على ذلك مثل تعامل النائب مع المدين المعسر وارتباط الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصـية من عدمه بسوء النية من جانب النائب وعدمه .

وقد ينظر فى بعض الحالات الى نية الأصيل اذا كان النائب يتعامل وفقا لتعليمات صدرت له من الأصيل[1] .

وعلى كل ذلك نصت المـادة (١٠٤) مدنى مصرى اذ تقول :

« ١ ــ اذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

---

(١) د. جمال مرسى بدر ، دراسـات فى النظرية العامة للنيابة ، فقرة ٧ ، د. حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ مرجع سـابق ، د. احمـد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ ، ٩٤ مرجع سابق .

٢ – ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها »[١] .

ويتضح من هذا النص أن الفقرة الأولى منه خاصة بالحالات التى تنفرد فيها ارادة النائب بابرام التصرف ، وأن الفقرة الثانية خاصة بحالات النيابة الاتفاقية وهى الوكالة التى تشترك فيها ارادة الأصيل مع ارادة النائب فى ابرام التصرف .

٣ – الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره النائب نيابة عن الأصيل ينظر فيها الى الأصيل ، فالأخير لا النائب هو الذى يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد لأنه هو الذى ينصرف اليه أثر العقد .

أما النائب فيشترط أن يكون أهلا لأن تصدر منه ارادة مستقلة لأنه يعبر عن ارادته هو ومن ثم يجب أن يكون مميزا ولو كان قاصرا فاذا كانت النيابة اتفاقية وكان الوكيل قاصرا جاز له أن يطلب ابطال عقد الوكالة فلا يرجع الموكل عليه الا بدعوى الاثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة[٢] ، أما اذا كانت النيابة قانونية فان القانون هو الذى يضفى على النائب صفته وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل فيجوز أن يكون قاصرا مميزا أو غير مميز كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ويتحقق هذا فى الوصاية والقوامة .

(ب) أن يكون التعاقد باسم الأصيل :

لا يكفى أن يكون النائب معبرا عن ارادته فى حدود النيابة بل يجب أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل ولحسابه وأن تتوافر نية

---

(١) يقابل هذا النص م ١٠٤ ليبى ، م ١٠٥ سورى ، م ٨٩ سودانى ومجموعة الأعمال التحضيرية لهذا النص جـ ٢ ص ٩٠ – ٩٤ .

(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ص ١١٩ هامش ٢ ، د. سليمان مرقس فقرة ١١٢ مرجع سابق .

النيابة عند النائب وهــذه النية قد يفصح عنها النائب صراحة أو قد تفهم ضمنا من الظروف كما فى حالة المســتخدم الذى يبيع البضــاعة فى محل تجارى .

ويجب أيضا أن تتحقق عند الغير الذى يتعامل مع النائب بصــفته نائبا عن الأصيل فاذا كان النائب يتعامل باسم الأصيل وكان الغير يتعامل معه فى شخصه ، فالنيابة لا تقوم ولا يتم العقد لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه ، ولكن اذا كان النائب يتعامل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل أضيف العقد الى الأصيل فى حالتين هما :

١ ــ اذا كان من المفروض حتما أن الغير يعلم بوجود النيابة .

٢ ــ أو كان يســتوى عند الغير أن يتعامل مع الأصــيل أو النائب[1] .

وقد اشتملت المــادة (١٠٦) مدنى مصرى على ذلك فقالت :

« اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصــفته نائبا فان أثر العقــد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا الا اذا كان من المفروض حتمــا أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب »[2] .

واذا تعاقد النائب باسمه فلا تكون هناك نيابة وانما يوجد ما يسميه الفقه الاســم المستعار أو المسخر (Prete — nom) وهــذه هى حالة الوكالة التى يتعاقد فيها الوكيل باسمه ، ويضاف أثر العقد الى الوكيل دائنا أو مدينا ولا يضاف الى الموكل وتكون الوكالة مقصــورة على علاقة الوكيل بالموكل ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذى تم بينهما[3] .

---

(١) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٢٩ .

(٢) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٢٩ .

(٣) نصت على هــذه الحالة المــادة ٢٢٤ والمــادة ٧٩٩ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

(ج) تعاقد النائب فى حدود السلطة المخولة له :

لا تنتج النيـابة أثرها فى حـق الأصيل الا اذا كانت فى حـدود السلطة المخولة للنائب ، وهذه السلطة يرسم حدودها القانون فى النيابة القانونية والاتفاق فى النيابة الاتفاقية .

فاذا جاوز النائب حدود هذه السلطة فقد صـفة النيابة ولا ينتج العمـل الذى قام به أثره فى حق الأصـيل ، ولكن يستثنى من ذلك حالتان همـا :

١ ــ ما نصت عليه المـادة (١٠٧) مدنى مصرى بقولها :

« اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة فان أثر العقد الذى يبرمه ــ حقا كان أو التزاما ــ يضاف الى الأصيل أو خلفائه »[1] .

٢ ــ ما نصت عليه المـادة (٧٠٣) مدنى مصرى بقولها :

« ١ ــ الوكيل ملزم بتنفيـذ الوكالة دون أن يجـاوز حدودها المرسـومة .

٢ ــ على أن له أن يخرج عن هذه الحدود من كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة »[2] .

(١) يقابل هذا النص م ١٠٧ ليبى ، م ١٠٨ سورى ، م٩٢ سودانى ، م ١١٩ لبنانى وانقضاء النيابة كأن يعـزل الأصـيل النائب دون أن يعلم بالعزل أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير أيضـا بعزل النائب أو بموت الأصـيل ، د. السنهورى ، الوسيط ص ٢١١ ، ٢١٢ .

(٢) نصت على هذه الحالة م ٧٧٩ من قانون الموجبـات والعقـود اللبنـانى .

والرأى فى الفقه مستقر على تبرير هذين الاستثنائين على أساس حسن نية الغير الذى تعامل مع النائب أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة وكانت لديه أسباب قوية تدعوه الى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته[1] كأن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة كمدير شركة مثلا وتعاقد معه الغير بحسن نية على هذا الأساس مع أنه فى الواقع ليس كذلك ، وكما لو ترك الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة فتعاقد معه الغير على هذا الأساس أيضا .

ويذهب الدكتور عبد المنعم الصدة الى تبرير آخر لهذين الاستثنائين أساسه أن هاتين الحالتين تتعلقان بمظهر كاذب تسبب الأصيل فى قيامه فانخدع الغير به وتعامل مع النائب على أساسه ، ومن ثم يكون الأصيل قد ارتكب خطأ بتسببه فى قيام هذا المظهر الكاذب الذى يطمئن اليه الغير ويتعامل على أســاسه ، ومن ثم فان هذا يعطى الغير الحق فى الرجوع على الأصيل بالتعويض وقد يرى القاضى أن خير تعويض هو أن يضيف أثر التصرف الى الأصيل ... ويخلص سيادته الى أن :

حسن نية الغير الذى تعامل معه النائب لا يكفى وحده للوصول الى الحل الذى ينتهى اليه فى الحالتين السابقتين وانما يجب أن يتوفر الى جانبه تقصير من جانب الأصيل وهذا التقصير هو الذى يجعل للغير الحق فى الرجوع بالتعويض[2] .

ونحن نرى فى هذا الخصوص أنه من الأوفق التمييز بين الحالتين الواردتين فى المــادتين ١٠٧ ، ٣٠٧ مدنى مصرى على النحو التالى :

---

(١) د. عبد الباسط جميعى ، الوكالة الظاهرة ، بحث فى مجــلة العلوم القانونية والاقتصادية الســنة ٥ ص ٢٨٣ وما بعــدها تصــدر عن كلية حقوق عين شمس ، د. السنهورى الوسيط ص ٢١٠ ، د. أنور ســلطان ، المرجع الســابق فقرة ٤٨ ، د. عبد الحى حجازى المرجــع الســـــابق جـ ٢ ص ٢٢٢ .

(٢) مصادر الالتزام ص ١٨١ .

ففى الحـالة الأولى :

التى يضاف فيها أثر العقد الى الأصيل على أساس أن النائب والغير يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، وفى تفسير أساس الاستثناء فى تلك الحالة ذهب الفقـه الى أن حسن النية لدى الغير مع توافر أسباب قوية لديه تدعوه الى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حـدود نيابته تنهض مبررا لهذا الاستثناء وهذا التفسـير الذى ذهب اليه الفقه لا يناقضه أو يتعارض معه ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور عبـد المنعم الصدة من أن الأصيل قد تسبب فى حصول هـذا الجهل لدى الغير والنائب ولكنه يفسر أيضا انصراف أثر العقد فى حق الأصـيل بالنظر الى الأصيل ، وما ذهب اليه الفقه يفسر انصراف هـذا الأثر الى الأصيل بالنظر الى الغير والنائب على أساس حسن النية القائم على أسـباب قوية تبرره ، ومن ثم فقد وفر النص القانونى فى المـادة (١٠٧) الحماية المطلوبة لحسن النية فى هذه الحالة بأن أنفذ التصرف فى حق الأصيل ٠ وفسر الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة قيام التصرف فى حق الأصيل على أساس من تقصيره ، والجانب الأولى بالرعاية والحماية فى هـذه المسـألة هو الغير والنـائب حتى لا يرجع الغير على النـائب نفسـه بالتعويض ، ومن ثم فاننا نرى أن ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور عبد المنعم الصدة تبريرا آخر لقيام أثر التصرف فى حق الأصيل بالنظر الى الأصيل وليس تبريرا أو تفسيرا مغايرا لمـا ذهب اليه الفقه من تبرير حمـاية القانون لحسن نية الغير والنائب على شرط توافر أسباب قوية لقيـام حسن النية لدى النائب والغير ٠

وعلى ذلك فان كلا من الرأيين السـابقين يقتصر فى نظرنا على تفسير حكم المادة (١٠٧) مدنى مصرى ، أما المادة (٣٠٧) فان كلا الرأيين لا ينهض مبررا لحكمها وهو ما نفصله فى الحالة الثانية ٠

اما فى الحالة الثانيـة :

التى تضمنها نص المـادة (٣٠٧) مدنى مصرى فانه طبقـا للفقرة

الثانيـــة من ذلك النص يكون خروج الوكيل عن الحدود المرســـومة لوكالته بناء على حكم القانون نفسه اذا توفر شرطان هما :

١ ــ اذا كان من المستحيل على الوكيل اخطار الموكل سلفا .

٢ ــ واذا كانت هناك ظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف وعلى الوكيل المبادرة بابلاغ الموكل بهذا الخروج عن حدود الوكالة .

ووجه اختلاف الحكم فى هـــذا النص عن النص السابق أنه فى هذا النص يسيغ القانون نفسه للوكيل الخروج عن حـــدود الوكالة ، أما حكم النص فى المـــادة (١٠٧) فلا يسيغ له ذلك ولكنـــه ينص على اضافة أثر العقد الى الأصيل ، أى أنه يتعلق بأثر التصرف وتتيجته صراحة وان كانت هذه النتيجة من باب أولى فى مفهوم المـــادة (٣٠٧) التى أجازت للوكيل صراحة الخروج عن حدود الوكالة اذا توفرت الشروط السابق ذكرها ، ومن ثم فان ما ساقه الفقه من تبرير لحكم المادة (١٠٧) سواء بالنظر الى النائب والغير أو بالنظر الى الأصيل لا يفيد كثيرا فى تفسير وتبرير حكم المـــادة (٣٠٧) مدنى وارتباط توافر شروط حكمها بأسباب يستقل قاضى الموضوع بتقديرها .

ونستدل لمـــا ذهبنا اليه أن القانون فى المـــادة (٣٠٧) أوجب على الوكيل فى هـــذه الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حـــدود الوكالة وكأنه لم يكن أمامه الا الخروج عن حدود الوكالة حرصا منه على مصلحة الموكل لمـــا غلب على ظن الوكيـــل بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هـــذا التصرف .

***

● **اقرار الأصيل للعمل الذى جاوز فيه النائب حدود نيابته :**

اذا جاوز النائب حدود نيابته ولم ينتج العمل الذى قام به أثره فى حق الأصيل فى احدى الحالات السابقة ولم تتوافر شروط الفضالة فى هـــذا العمل اعتبر الأصيل أجنبيا عن هـــذا التصرف ورجع الغير على النائب بالتعويض اذا كان له وجه .

أما اذا أقر الأصيل عمل النائب وأجازه انصرف أثر هـذا التصرف الى الأصيل بأثر رجعى فيصبح وكأنه قد تم فى حدود النيابة فيتقيد به الأصيل والغير من وقت ابرامه لا من وقت اقراره واجازته •

٣ ــ آثار النيـابة :

اذا توافرت شروط النيابة السابقة فان آثار العقـد تضاف الى الأصيل فيعتبر دائنا بالحقوق التى يقررها له العقـد ومدينا بالالتزامات التى يفرضها عليه العقـد •

والقانون اللبنانى والفرنسى يعرفان نوعين من النيابة :

(أ) نيابة يتعاقد فيها باسم الأصيل ولحسابه بقصد اضافة آثار العقـد مباشرة الى الأصيل •

(ب) نيابة يتعاقد فيها النائب باسمه ولحساب الأصيل وفى هذه الحـالة تضاف آثار العقـد الى شـخص النائب ثم تنقل الى شـخص الأصيل[1] •

والقانون المصرى لا يعرف الا الصورة الأولى من صور النيابة اذ يشترط لوجودها ــ على نحو ما سـبق ــ أن تتجه نية المتعاقدين الى اضـافة آثار العقـد مباشرة الى شـخص الأصيل دون أن تمر بذمة النائب[2] •

وعلى هـذا الأساس فالآثار التى تترتب على النيابة فى القانون المصرى لا شأن للنائب بها وانما يقتصر أثرها على العلاقة بين الأصيل والغير ، وبناء عليه تتحدد العلاقات التى تقوم بين النائب والغير والأصيل•

---

(١) د. محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ص ٨٠ ، ٨١ .
(٢) انظر فى تفصيل ذلك : اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للموجبات ص ١٦١ فقرة ٨٦ ط سـنة ١٩٦٣ .

ـ العلاقة بين النائب والغير :

بعد تمام العقد لا تقوم بين النائب والغير علاقة فيما يتعلق بآثار هـذا العقـد فلا يسـتطيع الغير أن يطالب النائب بالتزام ناشىء عن العقـد اذ لا يقوم فى ذمته التزام بالعقـد ، ولا يسـتطيع النـائب أن يطالب الغير بحق ناشىء عن العقد الا اذا ثبتت له النيابة فى تنفيذ العقد كما ثبتت له فى ابرامه .

ولكن اذا كان النائب لا يلتزم بالعقـد فان هـذا لا يمنع من أن يلتزم بخطئه اذا قصر فى أداء مهمته .

ـ العلاقة بين النائب والأصـيل :

يحددها المصدر الذى أنشأها فى الاتفاق أو القانون .

ـ العلاقة بين الأصـيل والغـير :

تنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والغير طبقـا للمادة (١٠٥) مدنى مصرى والتى تنص على أنه : « اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هـذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل »[1] .

ويعتبر قيـام هذه العلاقة المباشرة بين الأصيل والغير فيما يتعلق بآثار التصرف المرحلة الأخيرة فى تطـور فكرة النيـابة فى القـوانين الحديثـة .

ويترتب على ذلك أن الأصيل يكسب ما يترتب على العقـد من حقـوق ويستطيع أن يطالب بها الغير مباشرة كما يلتزم بما يترتب على العقد من التزامات ويستطيع الغير أن يطالب الأصيل بها مباشرة .

كما يترتب على أن الأصيل هو المتعاقد مباشرة أنه لا يجوز له

(١) يقابل هذا النص م ١٠٥ ليبى ، م ١٠٦ سورى ، م ٩٠ سودانى.

أن ينيب عنه غيره فيما لا يجوز له أن يبرمه والا وقع التصرف باطلا ، فلو كان الأصيل قاضيا لا يجـوز له أن يشترى الحق المتنازع فيـه فان التصرف الذى يبرمه النائب فى هذا الشـأن يعتبر باطلا .

كمـا ينظر الى الأصـيل فى تحديد طبيعـة الالتزام المدنيـة أو التجارية[1] .

* * *

● **تعقيب وموازنة :**

لعله من المفيد أن نذكر فى خصوص آثار النيابة فى القانون وفقهه موقف الفقه الاسـلامى من التفرقة بين ما أسـماه حقوق العقد وحكم العقد ، فجعل حكم العقد ينصرف مباشرة الى الأصيل وذلك باعتبار أن أحكام العقود جعلية فى الفقه الاسـلامى وهذا مظهر من مظاهر الصبغة الدينية للعقود فى الشريعة الاسلامية ، أما حقوق العقد وهى ما يتعلق بترتيب آثاره وتنفيذ أحكامه ، فالأمر بشأنها يختلف باختلاف طبيعـة العقد ، وأجرى الفقهاء فى الفقه الاسلامى تفرقة دقيقة فى شـأن حقوق العقد بين العقود التى لا تتراخى أسبابها عن أحكامهـا والعقـود التى لا تتم بالقبض ، فأرجع الحقوق فيها الى الأصيل مباشرة وذلك كالنكاح والخلع والطلاق ... الخ .

أما العقود التى تتراخى آثارها عن أسبابها أو بعبارة أدق : ليس من خواصها ما يمنع من اضافتها الى الوكيل من كل عقد يصح أن يكون صـادرا من شخص مع ثبوت الحكم لشخص آخر فان حكم العقـد يضاف الى الموكل وحقوقه للوكيل[2] ، وذلك عند الحنفية والمـالكية

---

(1) انظر د. عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ١٨٢ .

(2) الا اذا كان الوكيل من أهل الضمان فان حقوق العقد ترجع الى الموكل ولو أضاف العقد الى نفسه لأن رجوع الحقوق اليه ضمان وكفالة وهو لا يملك أن ينشىء الكفالة لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقد منه ، ويسوى القانون فى الحكم اذا تعاقد النائب باسمه ولحسابه اذ تنصرف اليه آثـار العقد أيا كانت طبيعته .

والشافعية وذلك كالبيع ، والاجارة ونحوهما ، أما الحنابلة فحقوق العقد عندهم ترجع الى الموكل مباشرة ولعل مذهب القانون المصرى أقرب الى هذا الذى ذهب اليه الحنابلة .

وعلى هذا النحو يتضح تفرد مسلك جمهـور الفقهـاء فى الشرع الاسلامى فيما يتعلق بحكم العقد وحقوقه فى العقود التى يتولاها الوكيل عن مسلك القانون وفقهه فيما يتعلق بآثار النيابة على نحو ما سـبق بيـانه تفصـيلا .

* * *

الفـــرع الثـــالث : تولى عاقد واحد العقد عن الجانبين

(تعاقد الشخص مع نفســـه)

أولا — فى الفقـــه الاســـلامى

الأصل فى العقود التى لا تتم الا بتوافق ارادتين أن يتعدد العاقد اذ الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية الا فى شطر العقد الذى يتكون من شطرين ، وفى اعتبار العقـد منعقدا بعبارته وحدها تحميل لها قوة الشطرين واعطاء الجزء حكم الكل . وهذا هو القياس فى جميع العقود التى تحتاج الى ارادتين .

واستثنى أبو حنيفة وصاحباه عقد النكاح استحسانا فيجوز فيه أن يكون العاقد واحدا اذا كانت له ولاية العقد من الجانبين[1] .

وخالف زفر والشافعى ، فالقياس عندهما لا يجيز ذلك اذ أن عقد النكاح يفيد نوعا من التمليك ولا يتصـور اجتماع صفتين فى شخص

---

(١) فاذا كان العاقد فضوليا عن أحد الجانبين فلا ينعقد العقد وكذا اذا كان فضوليا عن الجانبين . وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، ويجـوز عند أبى يوسف موقوفا على اجازة صاحب الشأن — انظر الزيلعى جـ ٢ ص ١٣٢٠ ، البدائع جـ ٢١ ص ٢٣٢ ، فتح القدير جـ ٢ ص ٤٢٦

واحد ، الا أن الشافعى أجاز انعقاد النكاح بعبارة الواحد فى صـــورة خاصة وهى تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه اليتيمين للضرورة فى ذلك.

أما ما عدا عقد النكاح من عقود المبادلة التى لا تنعقد الا بتوافق ارادتين ، فالأصل فيها كما سبق تعدد العاقد لأن الحقوق فيها ترجع الى العاقد سواء أكان يعقد بالأصالة أم بالنيابة وهى حقوق متقابلة فى زمان واحد والقول بغير ذلك يؤدى الى أن يكون الشخص الواحـــد فى زمان واحد مسلما ومتسلما وطالبا ومطالبا وهذا محال ، ولذا لا يصح أن يكون الشخص الواحد وكيلا من الجانبين فى البيع وأشباهه ، ويصلح رسولا ، لأن الرسول لا تلزمه الحقوق ، وكذلك يصح أن يتولى القاضى العقد من الجانبين لأن الحقوق لا ترجع اليه .

واستثنى الفقهاء من هذا الأصل :

١ ــ شراء الأب مال ولده لنفسه وبيع ماله من ولده ، وبهذا قال أحمد والشـــافعى ومالك والأوزاعى وجمهور الحنفية ، والجد كالأب علة وحكما خلافا لمـــالك وأحمد[١] .

٢ ــ الوصى المختار من الأب أو الجد اذا عقد لنفسه على مال اليتيم اذا كان فيه نفع ظاهر والا فلا ، ومنعه محمـــد من الحنفية لأن القياس يمنع ذلك ، أما الوصى المعين من قبل القاضى فلا يجوز له ذلك لأنه وكيل عن القاضى والأخير لا يملك ذلك التصرف[٢] .

***

ثانيا ــ تعاقد الشخص مع نفســـه فى القانون وفقهه

تنص المـــادة (١٠٨) مدنى مصرى على القانون من هذه المسألة اذ تقول : « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٣٦ ، المغنى جـ ٥ ص ٢٤٢

(٢) انظر المغنى جـ ٢ ص ١٦٤ ، الدسوقى جـ ٣ ص ٣٠٠ ، جامع الفصولين جـ ٢ ص ١٥

سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل ، على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة »[1].

وقد جاء فى الأعمال التحضيرية[2] لهذا النص ما يأتى : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين ، فقد يكون الشخص طرفا فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ومتعاقدا بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل ، وقد يتعاقد الشخص بصفته نائبا عن الطرفين فى آن واحد وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب الى معنى التحكيم منه الى معنى النيابة ، وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين ، ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ومع ذلك فقد أبيح للأصيل أن يأذن للنائب فى التعاقد على هذه الصورة أو أن يقر التعاقد بعد حصوله ، ومن الواضح أن البطلان فى هذا الشأن قد أنشىء بمقتضى نص خاص — ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه فمن ذلك اباحة تعامل الولى مع ولده وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، واباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقا لقواعد القانون التجارى » .

وما ذهبت اليه الأعمال التحضيرية من أن تعاقد الشخص مع نفسه قابل للابطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الاجازة هو ما ذهب اليه الدكتور السنهورى وقرره فى المذكرة الايضاحية سالفة الذكر ثم تبين له أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه انما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص اذا أناب عنه غيره فى التعاقد فهو لا يقصد التوسع فى هذه

(1) يقابل هذا النص مادة ١٠٨ ليبى ، مادة ١٠٩ سورى ، مادة ٩٣ سودانى .

(2) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٠٥ ، ١٠٦

الانابة الى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه أصيلا أو نائبا عن شخص آخر لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض فى المصالح ، على أن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدما للنائب فى التعاقد مع نفسه ويكون عمله نافذا فى حق الأصيل ، وتنقضى هذه القرينة كذلك اذا وجد نص فى القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه[1] . ومثال النص القانونى الذى يجيز هذا التعاقد ما تنص عليه المادة (١٤) من قانون الولاية على المال من أن :

« للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك »

ومثال قواعد التجارة التى تجيز هذا التعاقد أنه يجوز للوكيل بالعمولة وكذلك سمسار الأوراق المالية فى البورصات أن يباشر هذا التعاقد[2] .

* * *

● **تعقيب وموازنة :**

يبين لنا مما تقدم أن القانون المدنى المصرى والقوانين العربية التى تسير على نهجه تأخذ بالأصل المقرر فى الفقه الاسلامى فى خصوص تعاقد الشخص مع نفسه وهو المنع أو عدم الجواز مع ايراد الفقهاء لبعض الاستثناءات التى تقتضيها الاعتبارات العملية أو طبيعة العقد وأن بعض هذه الاستثناءات فى الفقه الاسلامى تدل على الصبغة الدينية لأحكام الفقه الاسلامى اذ يستثنى بعض الفقهاء عقد النكاح مثلا وهو من أهم العقود .

* * *

---

(١) د. السنهورى ــ الوسيط ص ٢١٨

(٢) د. عبد المنعم الصدة ــ المرجع السابق ص ١٨٨ ، د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ١٠٩ وما بعدها ، نقض مدنى جلسة ١٩٦٣/١٢/١٩ ــ السنة ١٤ مدنى ص ١١٧٣ ، مجموعة المكتب الفنى .

المطلب الثـالث

المعقـــود عليـــه (محـل العقـد)

● **المقصـود بـه :**

المعقود عليه أو محل العقد هو ما يثبت فيه أثر العقد وأحكامه وهو المقصود من العقد وغايته .

والمعقود عليه قد يكون مالا أو أعيانا مالية أو منافع أو عملا[1] .

ويرى البعض[2] أن المحل ركن فى الالتزام لا فى العقـد ولكن لا تظهر أهميته الا فى الالتزام الذى ينشأ عن العقد ، ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

ويرى البعض[3] أن للالتزام محلا وللعقد محل آخر وكل من المحلين يتميز عن الآخر ، فمحل الالتزام هو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن ، أما محل العقد فهو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء العقد فاذا كان أثر العقد هو انشاء التزامات فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد وبذلك يتميز محل العقـد عن محل الالتزام كما يخضع كل منهما لأحكام غير التى يخضع لها الآخر ، فقد يكون محل الالتزام فى ذاته صحيحا ولكن العقد يقع باطلا لأن العملية القانونية المقصودة منه يمنعها القانون كما فى

---

(١) ولهذا اختلفت أسماء العقود باختلاف محلها فاذا كان المعقود عليه دينا ماليا سمى بيعا أو رهنا أو هبة ، واذا كان منفعة سمى العقد اجارة أو اعارة أو نكاحا ، واذا كان عملا سمى العقد استصناعا أو اجارة أشخاص أو مزارعة .

(٢) د. السنهورى ـ مصادر الحق جـ ٢ ص ٦ ، محل الالتزام : هو الشىء الذى يلتزم المدين القيام به .

(٣) د. عبد المنعم الصدة ـ المرجع السابق ص ٢٧٨ ، د. عبد الحى حجازى ـ المرجع السابق جـ ١ ص ٩٦ ، ٩٧

منع التعامل فى التركة المستقبلة لشخص على قيد الحياة[1] . وكما فى عقد الشركة اذ يتميز فيه محل التزام كل من الشركاء عن محل العقــد وهو استثمار المــال المشترك فى التجارة .

ومحل العقد لا يتطلب فيه القانون الا شرطا واحدا وهو ألا يخالف النظام العام والآداب ، ومن ثم يجرى الحديث عنه فى سياق محل الالتزام.

ونرى أن التفريق بين محل الالتزام ومحل العقد أثر من آثار أخذ القانون بنظرية الالتزام والمراحل التى مرت بها فى النظم القانونية وفى فقــه القانون .

***

● **شـــروطه :**

١ ــ أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا : « فاذا كان المحل غير قابل لحكم العقد لا يصح أن يرد عليه العقد كأن يكون الشىء غير مال أو مال غير متقوم كالخمر والخنزير وان كان الحنفية قد جوزوا بيعهــا اذا لم يكن المسلم طرفا فى العقد »[2] .

أو نهى الشارع عنه : كالنهى عن الزواج بالمحارم .

وفى القانون يشترط أن يكون المحل قابلا للتعامل فيه أى غير مخالف للنظام والآداب وعلى هذا تنص المــادة (١٣٥) مدنى مصرى اذ تقول : « اذا كان محل الالتزام مخالفــا للنظــام العــام أو الآداب كان العقد باطــلا »[3] .

---

(١) تنص على ذلك المــادة ١٣١ مدنى مصرى : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، غير أن التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » وكذلك المــادة ٤٧١ مدنى مصرى فيما يتعلق بمنع القضاة وأعضاء النيابة من شراء الحق المتنازع عليــه .

(٢) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٤٣

(٣) يقابل هذا النص مادة ١٣٥ ليبى ، مادة ١٢٦ سورى ، مادة ١٣٠ عراقى ، مادة ١٢١ سودانى ، مادة ١٩٢ لبنانى ، مادة ٦٢ تونسى .

ففى الالتزام باعطاء شىء يكون المحل غير مشروع اذا كان الشىء الذى يرد عليه الحق يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون[1] .

والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها كأشعة الشمس والهواء .

أما الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون فهى التى لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ويتحقق ذلك فى حالتين هما :

١ — يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه بالنظر الى الغرض الذى خصص له كالملك العام أو الأموال العامة اذ لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالحيازة ما لم ترخص الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة بغير ذلك مما لا يتعارض مع الغرض الذى خصص له المال العام (م ٢/٨٧ و ٢/٩٧٠ مدنى مصرى) .

٢ — يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه بسبب نص فى القانون أو مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب اذ الاعتبارات التى يعول عليها القانون فى منع التعامل ترجع فى ذاتها الى النظام العام أو الآداب ووجود النص القانونى دليل على عناية القانون بالأمر كالنص الذى يمنع التعامل فى التركة المستقبلة والحظر فى الاتجار فى المخدرات .

وعلى هذا لا يجوز أن يكون الشىء المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

ونظرا لأهمية فكرة النظام والآداب فى النظام القانونى ، كانت جديرة بالبحث اذ عليها يمكن القول بأن نصا معينا فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وحتى فى حالة

(١) د. عبد المنعم الصدة — أصول القانون — فقرة ٣٩٣ وما بعدها — على هذه الأشياء نصت المادة ٨١ مدنى مصرى ، مادة ٨٤ سورى ، مادة ٦١ عراقى ، مادة ٥٩ سودانى .

انعدام النص يمكن تقرير ما اذا كان الشيء مخالفا للنظام العام والآداب فلا يصح أن يكون محلا للالتزام .

* * *

● **النظام العـام والآداب :**

(Les L'ordre Pubic et les Leonnes mours)

النظام العام والآداب فكرة تستعصى بطبيعتها على التحديد[1]، وعلى ذلك يقال فى شيء من التعميم والتقريب أن النظام العـام هو مجموع القواعد الأساسية التى يقوم عليها كيان المجتمع يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، ومن ثم تعلو هذه المصلحة على مصالح الأفراد الذين يجب عليهم أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة .

ودائرة النظام العام تضيق فى ظل المذهب الفردى وتتسع فى ظـل المذهب الاشتراكى .

والآداب هى مجموعة من القواعد الخلقية التى تدين بها الجماعة أو وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذا الناموس وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس[2] .

وفكرة النظام العام والآداب بشـقيها فكرة نسبية ومتطورة اذ تختلف باختلاف الفكر السائد فى كل بيئة وفى كل عصر ، ومن ثم لا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب الا فى أمة معينة وفى جيل معين .

وعلى النحو الفائت تعتبر فكرة النظام العام والآداب وما تتمتع به من مرونة ونسبية وتطور المدخل أو المنفذ الذى تدخل منـه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية الى النظام القانونى كى تلائم بينه وبين التطور الذى يتعرض له المجتمع فى وقت معين وتقع على عاتق القاضى

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ــ مصادر الالتزام ص ٢٩١

(٢) د. السنهورى ــ الوسيط ص ٤٣٦

مهمة تحقيق هذه الملاءمة فى غير الحالات التى يتدخل فيها القانون بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمتطلبات هذا التطور وعلى ذلك فان الفصل فيما اذا كانت قاعدة ما تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض .

ودائما خير وسيلة لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب هو التطبيقات العملية فى كل عصر وفى نطاق كل قانون بحسبه كالقانون العام والخاص والنظم الادارية والمالية والنظام القضائى والقوانين الجنائية والأحوال الشخصية ... الخ .

* * *

● **تعقيب وموازنة :**

وضح لنا مما تقدم أن فكرة النظام العام والآداب التى يقوم عليها النظام القانونى ويقول بها فقهاؤه هى الأساس التى تقوم عليه الروابط القانونية سواء فى نطاق القانون العام أو القانون الخاص ، ومن ثم فهى مناط المشروعية القانونية وعدمها أيضا ، وهى فى نفس الوقت فكرة مرنة ونسبية ومتغيرة ومتطورة بما يحقق المصلحة العامة ويكون الناموس الأدبى الذى يسود علاقات الناس وفقا لمعتقداتهم وعاداتهم وما تواضعوا عليه من أعراف ، وكل ذلك هو المكون الحقيقى لما يسمى بالآداب العامة ومن ثم فالناموس الأدبى محكوم بعادات الناس وأعرافهم ومعتقداتهم المنشئة ابتداء لذلك الناموس الأدبى وكذلك الحال فى النظام العام ، فالمصلحة الجماعية حسبما يراها الناس هى المكونة لما يسمى بالنظام العام ، سواء فى الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية .

ولا شك أن المنهج الاسلامى مغاير كل المغايرة فى هذا الصدد ، اذ أن أحكام الشرع الاسلامى كما جاء بها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وما يشتملان عليه من أحكام الحلال والحرام هى المكونة والمنشئة والمسيرة والمنظمة لحياة الناس جميعا فى سائر نواحيها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والخلقية .

وعلى هذا الأساس تكون قابلية محل العقد للتعامل فيه تتعلق فى الفقه الاسلامى بأحكام شرعية مستمدة من القرآن والسنة صراحة أو دلالة واستنباطا تسير وفقا لها معاملات الناس وتتحقق مصالحهم المختلفة على حين تتعلق قابلية محل العقد للتعاقد بالنظام العام والآداب فى القانون وفقهه على نحو ما سلف بيانهما ، ومن ثم فان أساس ونطاق المشروعية مختلف فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى وان تماثلت بعض الأحكام أو تشابهت بعض التطبيقات .

٢ — أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد :

يشترط أن يكون المعقود عليه موجودا فعلا وقت التعاقد فلا ينعقد بيع المعدوم وما له خطر العدم[1] الا المنافع فلا يشترط وجودها عند التعاقد لأن هذا ما يتصور مع طبيعتها ، أما اذا كان العقد واردا على عين مالية فقد ثار فيه الخلاف بين الفقهاء : فالشافعية والحنفية اشترطوا أن يكون المحل موجودا فى جميع العقود دون تفرقة بين عقود المعاوضات والتبرعات ، واستثنى الحنفية عقد السلم وعقد الاستصناع .

والمالكية يشترطون وجود المحل فى عقود المعاوضات دون التبرعات ، ففيها يجوز أن يكون المحل معدوما وقت التعاقد .

والحنابلة — وخاصة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم — أجازوا التعاقد على المعدوم فى كل العقود ما دام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر ، اذ أن السبب عندهم فى منع التعاقد على المعدوم ، هو منع الغرر وخشية التنازع ، فالمحظور هو بيع الغرر لا بيع المعدوم[2] .

---

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٣٨ ، ١٣٩ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٠٢ ، الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٠٦ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٤
(٢) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٥٧ — ٣٦١ .

وقد تفرع على هذا الشرط عدة مسائل منها :

أولا — الشيء موجود فى أصله وقت التعاقد ثم يتكامل بعده :

(أ) بيع الثمر بعد طلوعه على الشجر والزرع فى الأرض بعد الطلوع — وقبل بدو صلاحه[1] . والضابط فى هذه المسألة هو ان كان الثمر أو الزرع قد ظهر أو صار منتفعا به ولكن لم يبد صلاحه فالبيع جائز بشرط القطع فاذا اشتراه بشرط الترك لا يجوز[2] ، وان اشتراه مطلقا يجوز لأنه يقتضى التسليم فى الحال[3] .

ولكن محمد من الحنفية يجيز بيع الثمر والزرع قبل بدو صلاحه ويشرط الترك فيما تناهى عظمه استحسانا[4] .

أما أبو حنيفة وأبو يوسف فيبقيان على القياس ويكون البيع فاسدا فى هذه الحالة ولكنهما يجيزان فى البيع المطلق أن يترك المشترى الزرع أو الثمر حتى ينضج باذن معتبر من البائع وتطيب الزيادة فى هذه الحالة للمشترى فلا يجب عليه التصدق بها . أما اذا لم يكن هناك اذن معتبر وكان البيع مطلقا فانه يجوز مع ذلك ترك الزرع أو الثمر حتى ينضج ولكن الزيادة فى هذه الحالة لا تطيب للمشترى وعليه أن يتصدق بها .

(ب) بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض أو الثمر بدا صلاحه ولم يخرج البعض الآخر : الشافعية والحنابلة يجيزون بيع ما ظهر دون ما لم يظهر لكون الأخير معدوما . والأصح فى المذهب

---

(1) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٤ — ١٩٧ .

(2) انظر الزيلعى جـ ٤ ص ١٢ .

(3) هذا عند الحنفية والمالكية وان كان فى الشرط قولان قول بجوازه وآخر بعدمه . انظر القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٦١ ، وعند الشافعية ، انظر المهذب جـ ١ ص ٢٨١ ، والحنابلة انظر المغنى جـ ٤ ص ٣٠٢ ، ٢٠٩ ، ابن رشد بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٢ .

(4) انظر الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٠٦ ، فتح القدير جـ ٥

الحنفى هو عـدم جواز بيع ما لم يظهر من الزرع اذ لا ضرورة تقتضى جوازه وان كان فى المذهب رأى مرجـوح لشـمس الأئمـة الحلوانى ولأبى بكر محمد بن الفضل البخارى بجواز بيع ما لم يظهر من الزرع استحسانا لعادة الناس فى التعامل وللضرورة[1] .

أما المـالكية فيجيزون بيع ما لم يظهر من الزرع مع ما ظهر منـه اذا كانت متتابعة ، اذ الأصـل عنـد مالك أن من الغرر ما يجـوز لموضـع الضرورة وهو الغرر غير المؤثر فى البيوع وهو اليسـير الذى تدعو اليه الضرورة[2] .

ثانيا — الشىء غير موجود فعلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المسـتقبل :

الأصـل أن بيع المعدوم باطل ، ولا يصلح المعـدوم لأن يكون محلا للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام العقد ، وأحكام العقد وآثاره أوصاف شرعية يقدرها الشـارع فى محل موجود ، والمعدوم لا يقبل ذلك سواء أكان معدوما ليس قريب الوجود (أى مسـتحيل الوجـود) ، أم كان معدوما قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمـال (أى محتمـل الوجود) ، لأن ذلك يؤدى الى الغرر خلافا لابن تيمية — وابن القيم — والمـالكية فى عقود التبرعات على نحو ما سبق تفصيله .

ولكن الفقهاء خروجـا على الأصل المتقدم أجازوا بيع السـلم والاستصناع والاجارة استحسانا لجريان التعامل بها وان كان العقـد فيها يقع على شىء معدوم وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود فى المستقبل

---

(1) انظر البـدائع جـ ٥ ص ١٣٩ — ١٧٤ ، المبسـوط جـ ١٢ ص ١٩٧ ، الزيلعى جـ ٣ ص ١٢ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٥ ، المغنى جـ ٤ ص ٢٠٥ — ٢٠٩ .

(2) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٣٠ ، ١٣١ ، الفروق جـ ٣ ص ٢٧٠ وما بعدها ، القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٦١ .

ومن ثم يمكن القول بأن النهى عن بيع المعدوم انما هو لما ينطوى عليه من غرر وما يؤدى اليه من جهالة ومغامرة .

ثالثا — الشىء موجود فى اصله ولكنه غير محقق الوجود فى المستقبل :

ففى هذه الحالة يكون له خطر المعدوم وحكمه .

ومن ذلك بيع اللبن فى الضرع — وبيع حمل الدابة فى بطنها — وبيع الملامسة والمنابذة — والحصاة — فكلها بيوع فيها غرر فاحش ، ومن ثم فهى كالمقامرة ، ومن ثم لا تجوز[1] .

ونخلص الى حقيقة فقهية هى : أن الفقهاء المسلمين اتفقوا على أن يكون المعقود عليه خاليا من كل غرر يؤدى الى تنازع ويفضى الى خلاف . فما هو الغرر — وما ضابطه — ومتى يفسد العقد ؟

* * *

● الغـــرر :

أصل الغرر : هو الذى لا يدرى هل يحصل أم لا : كالطير فى الهواء والسمك فى الماء ، وأما ما علم حصوله وجهل صفته فهو المجهول كبيعه ما فى كمه فهو يحصل قطعا لكن لا يدرى أى شىء هو .

فالغرر والمجهول كل واحد منهما أعم من الآخر من وجه ، وأخص من وجه ، فيوجد كل واحد منهما مع الآخر وبدونه .

والجهالة بدون الغرر كشراء حجر لا يدرى أزجاج أم ياقوت ، فمشاهدته تقتضى القطع بحصوله فلا غرر ، وعدم معرفته تقتضى الجهالة به[2] .

والغرر والجهالة يقعان فى الوجود والحصول ان علم الوجود .

---

(1) انظر بداية المجتهد ، ج ٢ ص ١١٢ ، المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤

(2) انظر الفروق ج ٣ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ج ٢ ص ١٥٠ ، ١٥١ ، تهذيب الفروق ج ١ ص ١٧٠ ، ١٧١ ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٢٩ ، ١٣١ .

وفى الجنس وفى النوع وفى الصفة وفى المقدار وفى التعيين وفى البقاء وفى الأصل المضروب .

والغرر والجهالة ثلاثة أقسام هى :

كثير ممتنع اجماعا — وقليل جائزا اجماعا — ومتوسط اختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثانى فلارتفاعه عن القليل ألحق بالكثير ولانحطاطه عن الكثير ألحق بالقليل ، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء فى فروع الغرر والجهالة[1] .

فبيع ما يثمر بطونا مختلفة متلاحقة اختلف فى صحته الفقهاء على ما سبق فمالك يرى صحته لأن الغرر فيه يسير ، والمذاهب الأخرى لا تجيز الا بيع ما ظهر من البطون أما بيع ما لم يظهر فلا يجوز لأن الغرر فيه كثير .

على أن الغرر الكثير — والغرر اليسير — والغرر المتوسط — والغرر الذى تدعو له الضرورة تختلف تطبيقاته من بيئة الى أخرى وفى عصر عن عصر بل ويختلف باختلاف الأنظار اليه .

٢ — أن يكون ممكن التسليم :

فمحل العقد يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد من غير ضرر ، وان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وان كان مملوكا له كبيع الطائر الذى كان فى يده وطار .

وان لم يمكن تسليم المبيع الا بضرر يلزم البائع فالبيع فاسد ، لأن الضرر لا يستحق بالعقد ، وذلك ما لم يرض البائع بالضرر ويسلم المبيع ، أما اذا وصل عدم امكان التسليم الى حد الاستحالة المطلقة فان البيع يكون باطلا .

---

(١) القوانين الفقهية لابن جزىء ص ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٥٩ ، ٣٦٠ .

والأول كبيع جذع فى سقف وآجرا فى حائط ولا يمكن تسليمه الا بقطعه ونزعه وفى هذا ضرر بالبائع فكان هذا بيع ما لا يجب تسليمه شرطا فيكون فاسدا • أما ان نزعه أو قطعه وسلمه جاز البيع ، وذلك بخلاف بيع الالية فى الشاة والزيت فى الزيتون والدقيق فى الحنطة ، فالعقد لا ينعقد أصلا حتى لو سلم •

والضابط الفقهى فى هذه المسألة اذن هو : ما لم يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع عارض فبيعه فاسد ، الا أن يقطع باختياره ويسلم فيجوز ، وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت باصل الخلقة فبيعه باطل[1] •

والعجز عن التسليم اذا كان قائما وقت العقد يكون العقد باطلا ، أما اذا وجد بعد العقد فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم[2] •

* * *

● **اما فى القانون فيشترط أن يكون المحل موجودا او ممكنا :**

والامكان والوجود شرط واحد يعبر عنه بالامكان فى حالة وبالوجود فى حالة أخرى تبعا لطبيعة المحل الذى يرد عليه الالتزام •

أ ــ المحل ممكن :

اذا كان محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل وجب أن يكون ممكنا أى ألا يكون مستحيلا وعلى ذلك تنص المادة (١٣٢) مدنى مصرى اذ تقول :

---

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٤٧ ، ١٤٨ ، ١٦٨ ، فتح القدير جـ ٥ ، المجموع جـ ٩ ص ٢٨٣ ، كشاف القناع جـ ٢ ص ١٥ ، ١٨ ، الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣٠ ص ١٠ ، ١١

(٢) يقابل هذا النص م ١٣٢ ليبى ، م ١٣٢ سورى ، م ١٢٧ عراقى ، م ١١٨ سودانى ، م ١٩١ لبنانى ، م ١٣٠ كويتى •

« اذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا »[1] والمقصود بالاستحالة فى هذا النص الاستحالة المطلقة أى التى تقوم بالنسبة لجميع الناس ومن ثم يرجع الى الالتزام فى ذاته[2] .

ويستوى فى الاستحالة المطلقة أن تكون استحالة طبيعية أى ترجع الى طبيعة المحل كما فى التزام شخص بالامتناع عن عمل قام به فعلا .

أو أن تكون استحالة قانونية ترجع الى نص القانون كتعهد محام برفع استئناف عن حكم انقضى ميعاد استئنافه .

ويشترط فى هذه الاستحالة المطلقة بشقيها أن تكون قائمة وقت التعاقد ومن ثم تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا ، أما اذا كانت الاستحالة لاحقة للانعقاد فانها لا تمنع من قيام العقد وانعقاده ويصبح الأمر متعلقا باستحالة التنفيذ ومن ثم انقضاء الالتزام اذا لم تكن للمدين يد فيها فينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، واذا كان للمدين يد فيها ، فان الالتزام لا ينقضى ويبقى المدين مسئولا عن التعويض .

أما اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة نسبية أى بالنسبة الى الملتزم أو المدين فحسب ، فانها لا تمنع قيام الالتزام ، ومن ثم ينعقد العقد ويستوى فى ذلك أن تكون هذه الاستحالة النسبية قائمة وقت انعقاد العقد أو لاحقة للانعقاد اذ تجعل العقد فى الحالين قابلا للفسخ اذا كان ملزما للجانبين والتعويض ان كان له مقتضى ، كما يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ على نفقة المدين أو التنفيذ بمقابل ، وهو التعويض .

(1) انظر الهامش السابق .

(2) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ٢٠٥ ، د. أنور سلطان ، المرجع السابق فقرة ١٧٤ ، ويرى د. سليمان مرقص فى مصادر الالتزام فقرة ١٣٧ أن الاستحالة الموضوعية تقدر بمعيار الرجل العادى .

٢ ـ المحل موجود :

اذا كان المحل اعطاء شيء أو كان عملا يتعلق بشيء معين كنقل حق عيني وجب أن يكون الشيء الذى يرد عليه الحق أو يتعلق به العمل موجودا .

ويتحقق هذا الشرط أو هذا الوجود اذا كان الشيء موجودا وقت العقد أو سيوجد في المستقبل .

فاذا قصد المتعاقدان أن التعاقد على شيء موجود فعلا وقت العقد وتبين أنه غير موجود وقت نشوء الالتزام حتى لو أمكن وجوده في المستقبل فان العقد يقع باطلا بطلانا مطلقا ، أما اذا وجد وقت نشوء الالتزام ثم هلك بعده فان الالتزام يكون قد قام على محل موجود ويكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ اذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به ، واذا كان للمدين يد في هلاك الشيء فان الالتزام لا ينقضي ويجب التعويض .

واذا لم يقصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود فعلا وقت نشوء الالتزام صح أن يقع الالتزام على شيء سيوجد في المستقبل وعلى هذا تنص المادة ١٣١/١ مدني مصري بقولها :

« يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ، غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الأحوال التي نص عليها القانون »[1] .

والتعاقد على شيء سيوجد في المستقبل مفروض فيه تحقق وجوده في المستقبل فاذا لم يتحقق هذا الوجود في المستقبل كان العقد باطلا

---

(١) يقابل هذا النص م ١٣١ ليبي ، م ١٣٢ سوري ، م ١٢٦ ، ١٢٩ عراقي ، م ١١٧ سوداني ، م ١٨٨ لبناني ، م ١٣١ كويتي ، م ٦٦ تونسي .

وكأنه لم ينشأ قط وتستثنى من ذلك العقـود الاحتمالية فهذه تصح سواء وجد الشيء في المستقبل أم لم يوجد[1] .

والتعامل على الأشياء المستقبلة أصبح كثير الوقوع فى الحيـاة العملية الا أن القانون قد يحظر التعامل فى شيء مستقبل كما فى نص المـادة (٤٩٢) مدنى مصرى فيما يتعلق ببطلان هبة المـال المستقبل ونص المـادة ١٠٣٣/٢ مدنى مصرى فيما يتعلق برهن المـال المستقبل رهنا رسميا وكما فى نص المـادة (١٣١) مدنى مصرى اذ حظرت التعامل ف التركة المستقبلة[2] فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل أو يهبه أو يقسمه أو يقايض عليه أو يقدمه نصيبا فى شركة أو يصـالح عليه أو ينزل عنه بارادته المنفردة أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل الا ما أجازه القـانون بنص صريح كالوصـية (م ٩١٥ مدنى مصرى) وقسـمة المورث لأعيان التركة بمقتضى وصية (م ٩٠٨ — ٩١٣ مدنى مصرى) .

* * *

● **تعقيب وموازنة :**

ذهب الفقه القانونى الى الحديث عن المحل باعتباره ممكنا وباعتباره موجودا على أساس اختلاف طبيعة أو نوع محل الالتزام فى كلا الحالتين وان كنا نرى أن بينهما عموم وخصوص فباعتبار أن نقل الحق العينى والعمل والامتناع تعتبر كلها عملا حتى الامتناع اذ يعتبر عملا سلبيا فاننا نستطيع القول أنه لا وجـه للفصـل ، وباعتبار اختلاف طبيعة الأداء الذى يقوم به الملتزم أو المدين فى كل حالة يمكن القول بالفصل بين المحل الممكن والمحل الموجود .

ومما هو جدير بالذكر أن المـادة (١٣٢) مدنى مصرى ربطت بين

---

(١) د. عبد المنعم الصـدة ــ مصادر الالتزام ص ٢٨٣

(٢) د. عبد الحى حجازى ، مرجع سـابق ص ٢٣٠ بنـد ١٤٥ وما بعـده .

الاستحالة ومحل الالتزام دون تفصيل فى محل الالتزام اذ المقصود هو عدم استحالة محل الالتزام حتى ينشأ الالتزام وينعقد العقد .

وعلى ذلك فانه على الرغم من وجاهة ما ذهب اليه الفقه القانونى فى تفصيل القول فى محل الالتزام من خلال شروط عدم استحالته فانه لا يقدح فيما ذهب اليه الفقه الاســلامى من عدم الأخذ بما ذهب اليه فقه القانون اذا كان له — للفقه الاســلامى — مسلك آخر من خــلال اشتراط وجود المحل وقت التعاقد اذ فرق الفقهاء بين ما اذا كان المحل عينا أو منفعة ففى الأخيرة لا يشــترط وجودها عند التعاقد اذ طبيعتها تمنع ذلك ، ولعل هذا يقابل فى فقه القانون أن يكون محل الالتزام عملا أو امتناعا .

كما يستقل الفقــه الاســلامى بمسلك آخر فى التفرقة بين عقود المعاوضات وعقود التبرعات اذ يجوز فى الأخيرة عند المــالكية أن يكون المحل غير موجود وقت التعاقد وأجازه الحنابلة فى جميع العقــود اذا ما تعين المحل بالأوصاف وارتفع الغرر على عكس الشــافعية والحنفية اذ اشترطوا وجود المحل فى جميع العقود الا ما اســتثناه الحنفية من الســلم والاستصناع .

وعلى ذلك فمسلك ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة يستجيب لمــا ذهب اليه القانون فى المــادة (١٣١) مدنى مصرى اذ أجازت أن يكون محل الالتزام شــيئا مستقبلا ولكن القانون أطلق الحكم على حــين قيده ابن القيم وشيخه ابن تيمية بعــدم الغرر وتعين المحل بالأوصاف ، ومن ثم تستطيع القول بأن ما أخــذ به القانون من جــواز التعامل على شىء مســتقبل ومعدوم وقت التعاقد يخالف أحكام الفقه الاســلامى فى هــذا الخصوص وما ذهب اليــه فقهاء المذاهب الاســلامية باستثناء عقود التبرعات عنــد المــالكية وعقــدى السلم والاســتصناع عنــد الحنفية وما اذا كان المحل منافع .

وما ذهب اليــه بعض الفقهاء من جــواز التعامل على شيء موجود أصــله فى وقت ثم يتكامل بعــده أو خروج بعضه ولم يخرج البعض الآخر انما يتعلق فى جميع صــوره بمحل موجود فى أصــله فالأصــل فى الفقه الاســلامى أن بيع المعدوم باطل لمــا ينطوى عليــه من غرر وما يؤدى اليــه من جهالة ومقامرة ومن ثم يفضى الى النزاع وهى أمور يحرص عليها الفقه الاسلامى ذو الأساس العقائدى .

واذا كان الفقه القانونى قــد فرق بين الاستحالة المطلقة ســواء أكانت طبيعية أو قانونية وعول عليها دون الاستحالة النســبية فالأولى تجعل العقــد باطلا بطلانا مطلقا ، والثانية لا تمنع من قيــام الالتزام وانعقاد العقــد على التفصيل الســابق ، فان الفقه الاســلامى قــد ســلك مسلكا آخر اشــترط فيــه أن يكون المحل ممكن التســليم ، ومن خلال هــذا الشرط تظهر الاستحالة ولكنه لم يتناولها على النحو الذى تناولها به الفقه القانونى فيما ســبق بل ربط بين امكانية التسليم والضرر فكل ما لم يمكن تسليمه الا بضرر فبيعه فاســد وذلك على التفصيل الســابق ، كمــا أن « العجز عن التسليم » اذا كان قائما عند العقد يكون العقد باطلا .. أما اذا وجــد بعده فينعقد العقد ولكن يجوز فسخه لعدم القدرة على التسليم .

وعلى ضوء هذا المعنى الأخير يمكن القول أن العجز عن تســليم المحل لا يجرى فيــه التفريق بين عجز مطلق وعجز نسبى كمــا هــو المسلك الذى ســلكه الفقه القانونى فى التفريق بين الاســتحالة المطلقة التى تمنع قيــام الالتزام اذا قامت وقت الانعقاد والاستحالة النســبية التى لا تمنع قيــام الالتزام وانعقاد العقــد ســواء وجدت وقت انعقاد العقد أو كانت لاحقه للانعقاد ولعل المســلك الفقهى أدعى الى الواقعية وحسم المشــاكل العملية منــه الى مسلك الفقه القانونى فى هــذه المســألة .

٤ ــ ان يكون المحل معلوما للطرفين علما ينفى عنه الجهالة الفاحشة والمفضية الى النزاع :

(أ) فى حالة ما اذا كان المعقود عليه موجودا عند العقد :

ويتحقق العلم به برؤيته عند العقد أو رؤيته قبله بوقت ان كان ــ لا يحتمل تغييره فيه ما لم تكن فى رؤيته مشقة فيباع على الصفة وذلك عند المالكية[1] .

أما عند الحنفية والحنابلة فيتحقق العلم بالمعقود عليه بالاشارة اليه لو كان ذلك فى مكان مستتر كالسكر فى الصندوق[2] ، وعند الشافعية[3] لا يحصل العلم بالمعقود عليه الا برؤيته فى جميع الأحوال .

(ب) فى حالة ما اذا كان المعقود عليه غير موجود عند العقد :

فان العلم به يتحقق بوصفه وتعيينه تعيينا واضحا ينفى الجهالة عنه اذا كان شيئا معينا بالذات .

أما اذا كان شيئا غير معين بالذات فيتعين بالوصف النافى للجهالة الفاحشة ببيان جنسه ونوعه ومقداره ويكون خيار الرؤية أيضا عند الحنفية ولا يكون له خيار الرؤية عند المالكية أى لا يجمع بين الوصف وخيار الرؤية فاما أن يباع الشىء على الوصف فلا يثبت فيه خيار الرؤية واما أن يباع بشرط خيار الرؤية فلا يكون فى حاجة الى الوصف .

وعند الحنابلة يتعين الشىء بالوصف ويصح بالرؤية السابقة فيما لم يطرأ عليه التغيير وعند الشافعى لا يتعين الشىء الا برؤيته .

وفى الأشياء المتفاوته (كالقيمية) يجب تعيين المحل بالذات فلا

---

(١) انظر الحطاب جـ ٤ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٩٦ ، ٣٠٠ .
(٢) الشرح الكبير على متن المقنع جـ ٤ ص ٢٩ ، ٣٩ .
(٣) المهذب جـ ١ ص ٢٦٣ ــ ٢٦٦ .

يكفى أن يبيع شـاة غير معينة بالذات من قطيع غنم • أما اذا كانت الأشـياء غير متفـاوتة (كالمثليـة) وكانت متقـاربة فلا يلزم تعيين آحـد الأشـياء المتقاربة بالذات بل يكفى أن يكون واحدا من عـدة أشـياء فأى واحـد من هـذه الأشـياء المتقاربة يعدل الآخر ويتعين بذلك المحل[1] •

وهذا الشرط (شرط العلم) يشترطه الشـافعية فى جميع العقود ، والحنفية يشـترطونه فى عقـود المعاوضـات المـالية وغير المـالية كالزواج ، ولا يشترطونه فى بعض عقـود التبرعات كالوصية والكفالة لأن الجهالة فيها لا تؤدى الى النزاع ، واشـترطه المـالكية فى عقـود المعاوضـات ولم يشترطوه فى عقود التبرعات فتصبح مع الجهالة عندهم ولو كانت فاحشـة ولكنهم اشترطوا عـدم الجهـالة الفاحشـة فى العقود التى لا يكون المـال فيها جاريا مجرى المعاوضـات الخالصـة ولا مجرى البـذل كالنكاح[2] •

***

● **وفى القانون يشترط أن يكون المحل معينا او قابلا للتعيين :**

وفى ذلك تنص المـادة (١٣٣) مدنى مصرى على أنه :

« ١ ـ اذا لم يكن محـل الالتزام معينـا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا •

٢ ـ ويكفى أن يكون المحل معينـا بنوعه فقط اذا تضمن العقـد ما يسـتطاع به تعيين مقـداره • واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى طرف آخر التزم المدين بأن يسـلم شيئا من صنف متوسط »[3] •

---

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٥٦ وما بعدها •

(٢) الفـروق جـ ١ ص ١٥٠ ، وبدران ابو العينين بدران ، نظرية العقد والملكية ص ٤٢١ •

(٣) يقابل هـذا النص م ١٣٣ ليبى ، م ١٢٨ عراقى ، م ١٨٩ ، ١٩٠ لبنانى ، م ١١٩ سودانى ، م ٢٧ كويتى •

وتنص المادة (١٣٤) مدنى مصرى على أنه :

« اذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر »[١] .

وتأسيسا على ذلك فان محل الالتزام يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين فاذا لم يكن المحل معينا فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر اللازمة للنهوض بهذا التعيين[٢] .

فاذا كان المحل قيميا وجب أن يعين بذاته بوصفه وصفا يحدد ذاتيته .

واذا كان المحل مثليا وجب أن يعين بنوعه ومقداره .

ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار ، فاذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد وقع العقد باطلا .

واذا لم يتفق المتعاقدان صراحة على درجة الجودة ولم يمكن استخلاصها من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط .

ولا يصح أن يترك أحد الطرفين للآخر تعيين المحل انما يصح أن يترك تعيين المحل للغير ، واذا لم يقم الغير بتعيين المحل فلا يجوز للقاضى أن يتولى التعيين فى هذه الحالة لأنه ليس من مهمته انشاء العقود .

* * *

● **تعقيب وموازنة :**

يتضح لنا مما تقدم بخصوص هذا الشرط الذى عبر عنه القانون بشرط تعيين المحل ، وعبر عنه الفقه الاسلامى بشرط العلم بالمحل علما ينفى الجهالة المفضية الى النزاع اختلاف المسلك القانونى وفقهه عن

---

(١) يقابل هذا النص م ١٣٤ ليبى ، م ١٣٥ سورى ، م ١٢٠ سودانى ، م ١٢٨ كويتى .

(٢) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٨٧ .

مسلك الفقه الاسـلامى وان كان هنـاك توافق فى بعض المسـائل والجزئيـات •

ــ ففى الفقه الاسـلامى يجرى التفريق بين حالة وجود المحـل وفى هـذه الحالة يتحقق العلم بالمحل برؤيتـه أو بالاشـارة اليـه لو كان مستترا •

أما اذا كان المحل غير موجود عنـد العقـد فان رأيا فى الفقـه الاسـلامى يشترط خيـار الرؤية أيضا الى جانب بيان جنسـه ونوعه ومقداره أى بالوصف النافى للجهالة عنـه •

ــ كما جرى تفريق الفقه الاسـلامى بخصوص هـذا الشرط بين عقود المعاوضـات المـالية وعقود التبرعات ، ففى الأولى يشـترط العلم بالوسـائل السـابق ذكرها ، وفى الثانية وقع خلاف الفقهـاء فى عـدم اشتراط العلم بالمحل فيها مطلقا أو فى بعضـها فقط كالوصـية والكفالة بل جرى تفريق الفقهاء فى عقـود التبرعات بين الجهالة مطلقا فاحشـة أو يسـيرة فتصح معها ، والجهالة الفاحشـة فقط فلا تصح معها العقـود التى لا يكون المـال فيها جاريا مجـرى المعاوضـات الخالصـة ولا مجرى البذل كالنكاح •

وفى القانون أوردت المـادة (١٣٣) سـالفة الذكر حكما حل فيـه النص القانونى محل ارادة الطرفين أو أحدهما وذلك فى حالة ما اذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسـط وقد لا يرضى بذلك الدائن ، الا أن النص القانونى أحـل نفسـه محل ارادة الطرفين أو أحدهما فى هذه الحـالة بما قـد يتجافى مع المصلحة المرجوة أو المبتغاة من العقـد لأحـد الطرفين ، هذا فى الوقت الذى لم يحـدد فيـه النص معيارا لتوسـط الصنف الذى يلتزم به المدين مما يعطى الفرصـة للمنازعة وهـو ما حرص الفقـه الاسـلامى على تلافيـه باشتراط العلم النافى للجهـالة المفضـية الى النزاع •

* * *

المبحث الثانى

الارادة العقدية

ان للارادة الأثر الأول فى انشاء العقد(1) .

وتنقسم الارادة فى اصطلاح الفقهاء الى قسمين هما :

١ — الارادة الباطنة . ٢ — الارادة الظاهرة .

المطلب الأول

عناصر الارادة الباطنة

والارادة الباطنة هى النية ومن ثم كانت أساس العقد ولها عنصران لا تتحقق بدونهما وهما :

الاختيار والرضا

والاختيار هو القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر(2) .

---

(1) وهذا واضح تمام الوضوح من تعريف العقد كما سبق ضبطه وان كان من الواجب بيان أن الفقهاء وان كانوا يقولون ان العقود أسباب جعلية شرعية وليس بأسباب طبيعية ، بمعنى أن احكامها من الشارع وليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على ارادة حرة الا انهم ليسوا سواء فى التشديد فى ذلك بالنسبة للعقود المالية الخالصة فبعضهم يجعل للارادة فى العقود سلطانا فى ايجاد الالتزامات الناشئة بالعقد .

انظر محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٢٥٠ وما بعدها ، تهذيب الفروق جـ ١ ص ١٩٧ ، هامش كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٢٩١ ، جـ ٢ ص ٦٧٨ ، المستصفى جـ ١ ص ٩٣ ، الموافقات جـ ١ ص ١٣١ وما بعدها ص ١٥١ ، فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٣٦ .

(2) التوضيح لصدر الشريعة جـ ٢ ص ١٩٦ ، حاشية الرهاوى ص ٩٨٠ .

فالاختيار فى العقــود هو مجرد ارادة العبارة أو ما يقوم مقامهــا وعلى ذلك فعندنا لا يتنافى الاختيار مع الهزل ويتنافى مع الاكراه[1] •

أما الرضا فهو امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته ، فهو الارتيــاح الى العقــد والرغبــة فيــه — أى فى الحكم — بحيث يفضى أثره الى الظــاهر[2] •

والرضــا يشــمل الاختيار دائما وليــس العكس ، وعلى ذلك فالرضــا لا يتحقق مع الهزل ولا مع الخطأ ولا مع الاكراه ••• الخ[3] •

وقد عول الحنفية على الاختيار لانعقاد العقــد ، فبه يوجــد • أما الرضــا فليس بلازم لانعقاد العقود ولكنه شرط لصحة أكثرها ، فان لم يوجــد الرضــا فى بعض العقود تنعقــد وتلزم آثاره كالنكاح والطلاق والعتــاق[4] •

وبعضــها يكون فاســدا لا تترتب عليــه آثاره ويجب فســخه أو الرضــا مثل عقــود المبادلات المــالية والعقود التى تكون الأموال معقودة بالنيات فيها[5] •

فهذه العقود لا تكون صــحيحة الا اذا وجــــد الرضــا ، وان انعقد بوجود الاختيار •

---

(١) انظر عكس ذلك : كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٩٧ ، ١٥١٠ •

(٢) البزدوى فى كشف الأسرار على أصول فجر الاســلام ج ٤ ص ١٥٠٣ هــذا عن الرضــا أما التراضى فهو الرضــا من الجانبين والتراضى والطيب يعتبران ممن له العقد وهو المــالك أو وليه أو وكيله ، انظر نظرية العقد لابن تيمية ص ١٥٣

(٣) يقول الرهاوى : « الاختيار هو المعتبر فى علية الأحكام ونفــاذ التصرفات (أى التى لا تقبل الفسخ) والرضا قد يكون وقد لا يكون » •

(٤) وان كانت أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها •

(٥) العقد الفاســد عنــد الحنفية لم يوجــد عنــد غيرهم وهو أثر من آثار التفرقة بين الرضا والاختيــار ، وينقلب صــحيحا اذا تحقق الرضــا •

ولا يوجد الرضا الا بزوال سبب فسادها أو عدم صحتها .

أما الشافعية والمالكية والحنابلة[1] فالاختيار والرضا عندهم متلازمان ، بمعنى أنه لا يوجد أحدهما بدون الآخر .

فالاختيار عندهم هو القصد الى العبارات المنشئة للعقود ، بحيث تكون تلك العبارة أو ما يقوم مقامها ترجمة عما فى النفس ودليلا على الرغبة فى العقد وآثاره ، وهذا هو معنى الرضا .

ومن ثم لا ينعقد العقد من غير تحقق الرضا وعلى ذلك يتحقق الاختيار مع الهزل أو الاكراه والنسيان والخطأ .

* * *

المطلب الثانى

موقف الفقهاء المسلمين من الارادة الباطنة والظاهرة

(القصد والتعبير)

بالنظر فى الفروع والمسائل الفقهية فى المذاهب المختلفة نجد أن الفقهاء انقسموا الى فريقين :

فريق يغلب الارادة الظاهرة (التعبير) ويحكم بصحة التصرف بناء على ذلك[2] .

وفريق آخر يتلمس ما يكنه العاقدان من نية وقصد وغرض من العقد[3] .

---

(1) انظر الحطاب جـ ٤ ص ٢٣٥ وما بعدها ، الموافقات جـ ٢ ص ٢٢٥ وما بعدها ، اعلام الموقعين جـ ٢ ص ٩١ وما بعدها .

(2) انظر ادلة هذا الفريق فى الجامع الصغير جـ ١ ص ٣٥٤ ، اعلام الموقعين لابن القيم جـ ٣ ص ٨٧ ، ٨٨

(3) انظر ادلة هذا الفريق فى اعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٢ وما بعدها ، ص ١٠٦ ، ١٠٨ .

ففقهاء المسلمين ليسوا جميعا على درجة واحـــدة فى اعتبار النية والقصـــد فى العقـــود[1] .

١ — فمنهم من اعتبرها وأجرى أحكام العقــد على مقتضاها ، وأظهر من سلك ذلك هم الحنابلة فقد قالوا ببطلان بيع التلجئـــة[2] بل أظهراه خوفا من ظالم ونحوه حيث تواطأ عليـــه ، وقالوا بعــدم صحة بيع ما قصـــد به الحرام ، كعنب وعصير لمتخذهما خمرا ونحـــو ذلك اذا علم البائع ذلك ولو بقرائن[3] .

ومثل الحنابلة المـــالكية فقــد قالوا بمنع بيع أرض تتخذ كنيسة أو خمارة[4] فهم قد جعلوا للنيـــة والقصد أثرا فى صحة العقد وفساده كالحنـــابلة .

٢ — ومن الفقهاء المسلمين من عول على الارادة الظاهرة (التعبير) فى القول بصحة العقد من عدمه ، وفى مقدمتهم الشـــافعية فقـــد قالوا بصحة بيع التلجئة ونحوه[5] ، والحنفية فى الجملة كالشافعية ، ويظهر ذلك من آرائهم فى بيع العينة وزواج المحلل وبيع التلجئة[6] .

---

(١) على عكس ما يذهب اليه البعض من اطلاق القول بالنســـبة للفقه الاســـلامى فيقول البعض انه يغلب الارادة الظاهرة ، د. السنهورى مصـــادر الحق ج ١ ، ويقـــول البعض انه يغلب الارادة الباطنـــة د. صبحى محمصانى .

(٢) وهو اظهار بيع لم يريده العاقدان وهو ما يسمى بالصورية .

(٣) انظر كشاف القناع ج ٣ ص ٥ ، ج ٣ ص ٥٢ لابن تيمية ج ٣ ص ٤٩ ص ٢٣٧ .

(٤) الدسوقى ج ٣ ص ٧ ، بداية المجتهد ج ٣ ص ١١٦ .

(٥) المجموع ج ٣ ص ٣٣٤ .

(٦) ويشترط الحنفية فى التلجئة أن يكون الهذل صريحا مشروطا باللســـان أى لا يشـــترط ذكره فى العقـــد والا انتفت حقيقة الصـــورية ولا يثبت الهزل عندهم بدلالة الحـــال كالحنـــابلة ، انظر شرح ابن ملك وحواشـــيه ص ٩٧٩ وما بعدها ، الكاســـانى فى البدائع ج ٧ ص ٣٠٨٩

(أ) وبيع العينة له صور كثيرة وغرض المتبايعين فيه التحايل على أخذ الربا[1] .

ومن صوره أن يبيع شخص سلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها بأقل مما باعها به بثمن حال ، أو يوسط البائع والمشترى بينهما شخصا ثالثا بأن يبيعه سلعة بألف وخمسمائة مثلا الى أجل ثم يبيعها المشترى الى شخص ثالث بألف حالة ويقبضها ثم يبيعها الثالث الى الأول بألف حالة[2] .

(ب) وفيما يتعلق بنكاح المحلل فصورته أن يتزوج رجل بامرأة ليحلها لزوجها الأول الذى طلقها ثلاثا ، ثم يطلقها بعد الدخول وتنقضى عدتها منه ، ويتواطأ الرجل والمرأة على ذلك ، ولم يشيرا اليه فى العقد ولم يشترطاه[3] .

وقد يثار أن المذهب الحنفى اشتهرت أصوله بما يفيد أنه يتجه الى القصد والغرض فمن قواعده :

« العبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى » .

« المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ »[4] .

---

(١) انظر العناية جـ ٥ ص ٢٠٨ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٧٦ ، بلغة السالك على الشرح الصغير جـ ٢ ص ٤٠ ، ٤١ .

(٢) وفى جوازه يقول الشافعى فى « الأم » : « ومن باع سلعة من السلع الى أجل من الآجال وقبضها المشترى فلا بأس أن يبيعها الذى اشتراها بأقل من الثمن أو أكثر ودين ونقد لأنها بيعة غير البيعة الأولى ». جـ ٣ ص ٣٣ ، ٣٤ ، انظر المحلى جـ ٨ ص ٥١٢ .

(٣) انظر فى آراء المذاهب فيه شرح الزيلعى على متن الكنز جـ ٢ ص ٢٥٩ ، الهداية وفتح القدير جـ ٣ ص ١٧٧ ، الدرر شرح الغرر جـ ١ ص ٣٨٧ ، الخرشى جـ ٣ ص ٢١٦ .

(٤) انظر حاشية الحموى على الأشباه ص ٣٢٠ .

ويوفق فضيلة المرحوم محمد أبو زهرة[1] بين الأمرين بقوله : ان المراد من المعنى فى القضية الثانية (القاعدة الثانية) النيـة والغرض والمرمى الذى لم يقترن بالعقـد عبـارة تنبىء عنـه صراحة ، والمراد بالمعنى فى (الأولى) المدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشىء بهـا العقـد متضامنة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشـترك كل جـزء من العبارة فى انتاج ذلك المدلول .

ولذلك يسوق صاحب الأشـباه فى تطبيق تلك القصية « العبرة بالمعنى لا باللفظ فى العقود » أن الكفالة اذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة ، وأن الحوالة اذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكـون كفالة ، وأن الهبة اذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقـد تكون بيعـا[2] ...

وينتهى فضيلته الى خلاصة مؤداها :

ان المراد من قاعدة « العبرة للمعانى لا للألفاظ والمبانى » هـو أنه لا يلتفت فى أحكام العقود الى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة، بل لا يعنى فى الأحكام الا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى العقد ، ويصـح أن تكون مرادا للمتكلم يدل عليه الكلام صراحة ولو عن طريق المجاز لا الحقيقة . أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامى كأن يريد بالبيع التحايل على الربا ، أو يراد بالزواج احلالها لمطلقها الثلاث وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة والأغراض الدافعة فذلك ما لا تتعرض له تلك القاعـدة .

وبعد ما تقدم ، ولمـا كان الرضا أصل من أصول التعاقدات فى الفقه الاسلامى تدل عليه أصول التريعة من القرآن والسنة فان مـا يذهب اليه الذين يعتدون بالارادة الباطنة ــ القصد ــ اذا دل عليه دليل

(١) الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٩ .
(٢) الأشباه جـ ١ ص ٣٢٤ .

هو الراجح عندنا الذى يشـهد له المنقول والمعقول فكل ما يدل على الرضا يجب اتباعه وهـذا قول ابن تيمية وابن القيم وهو موافق للكتاب والسنة والله أعلم •

* * *

المطـلب الثـالث

توافق الارادة الظاهرة والباطنة واختلافهما
(تطابق الارادة الباطنة مع التعبير وعدمه)

اذا وجدت الارادتان متوافقتين مع شروطهما المعتبرة تم العقـد وترتبت عليه آثاره • أما اذا كان هناك عدم توافق بين الارادتين الظاهرة والباطنة أو عـدم تطابق بين الرضا والتعبير ، أو الارادة الباطنة والتعبير فان ذلك يظهر على الوجه التالى :

أولا : أن تكون الارادة الحقيقية الى التعاقد أو الارادة الباطنة منتفية ، ويظهر ذلك فى صورية العقود (حالة المواضعة أو التلجئة وحالة الهزل) ، وفى عبارة المجنون والمغمى عليه والصبى غير المميز والملقن والمعلم ونحوهم •

ثانيا : أن تكون الارادة الحقيقية الى التعاقد مشكوك فيها وهى ما يعبر عنه بعيوب الارادة أو عيوب الرضا أو عيوب العقد[1] •

الفرع الأول : حـالات انتفاء الارادة الباطنة

أولا ــ صورية العقود (التظاهر بانشاء عقد) :

تتمثل صورية العقود فى حالتين هما :

أ ــ حالة المواضعة والتلجئة :

والضابط فيها تواطأ المتعاقدان على التظاهر بشىء على خـلاف الحقيقة •

---

(1) انظر محمد أبو زهرة المرجع السابق ص ٤٥٣

وقد تكون فى أصل العقد فيتظاهر المتعاقدان بانشاء عقد أو الاقرار بعقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما .

ولما فى المواضعة من التجاء الشخص الى غيره ليتخذ من العقد الصورى معه ستارا ظاهريا خوفا من ظالم أو غاصب يسمى تلجئة[1] .

وقد تكون فى مقدار البدل المتعاقد عليه دون أصل العقد كما فى التظاهر بالزيادة ، فى المهور والثمن فى العقد . وفى الصور السابقة للمواضعة المعتبر عند الشافعى هو المعلن فى العقد والبيع نافذ وصحيح ولا عبرة بما كان سرا . أما جمهور الفقهاء فالمعتبر عندهم الارادة الباطنة ما دامت تثبت بالدليل ولا اعتبار بالظاهر فلا يلزم ببيع التلجئة ويلزم مهر السر والثمن الحقيقى اذا قام الدليل عليه ولا عبرة بما تظاهر به المتعاقدان وأعلناه[2] .

٢ ــ الهــــازل :

الهزل هو أن يراد بالشىء ما لم يوضع له ، ولا ما صلح له اللفظ استعارة ، فهو كلام العابث الذى لا يقصد أن تترتب على كلامه آثاره وأحكامه الشرعية ، وان كان يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، وعلى ذلك فالهزل لا ينافى الرضا بمباشرة السبب واختياره ، ولكنه ينافى اختيار الحكم والرضا به[3] .

---

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٧٦ ، ١٧٧ ، تنقيح الفتاوى الحامدية جـ ١ ص ٢٣٠

(٢) انظر فتح القدير جـ ٢ ص ٤٤٣ وفى ذلك يقول ابن تيمية فى كتابه قاعدة العقود (نظرية العقد) : « ان أصل المذهب أن الشروط المتقدمة مع العقد كالمقارنة له فاذا تواطأ ثم عقد العقد مطلقا حمل على خلاف ما شرط عليه وهذا غدر ونكث لا يلزم معه العقد » ص ٢٠٤ الطبعة الأولى .. مطبعة السنة المحمدية ، انظر المدخل الفقهى العام ــ مصطفى الزرقا جـ ١ ص ٣٦١

(٣) انظر كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٥٠٤ ، حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٠٩

وقد اختلفت آراء الفقهاء فى عبارة الهازل والتصرفات التى تتأثر بالهزل :

١ ــ فذهب الحنابلة والمالكية الى أن الهزل مبطل للعقود والتصرفات ، ومن ثم لا يترتب على عبارته أى أثر الا فى العقود التى لا تحتمل النقض والفسخ ولا تتراخى أحكامها عن أسبابها فلا تأثير للهزل فيها ، وتنفذ صحيحة كالنكاح والطلاق والرجعة واليمين والنذر •

أما الحنفية فأكثرهم يعتبرون عقود الهازل فاسدة باستثناء الخمسة السابقة التى لا تتراخى أحكامها عن أسبابها ويعتبرونها فاسدة لأن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله[1] ، وعلى ذلك ينقلب عقد الهازل صحيحا لو رضى بحكمه •

٢ ــ وذهب الشافعية على الصحيح عندهم الى صحة عقود الهازل بلا فرق بين عقد وآخر ، فلا تأثير للهزل عندهم فى عقود الهازل لأنه قد قصد العبارة وهو أهل للاختيار فيؤخذ بما تدل عليه عبارته[2] •

ثانياً ــ عبارة المجنون والمغمى عليه والصبى غير المميز وما فى حكمها من عبارة الملقن (٣) والمعلم(٤) :

فى جميع هذه الحالات تكون العبارة غير مقصودة ولا تعبر عن

---

(١) انظر فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١١١ ، ١١٢

(٢) انظر نهاية المحتاج جـ ٨ ص ٣٨ ، المجموع للنووى جـ ٩ ص١٧٧ ، أيضا حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٩

(٣) ذهب البعض الى الزام المتلفظ بما لقن به ان كان طلاقا أو عتاقا أو زواجا استنادا الى حديث : « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتق » وجاء فى حاشية ابن عابدين أن المفتى به أنه لا يقع جـ ٤ ص ٤٤

(٤) روى ابن تيمية ان امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال أنت خلية طالق فذهبت الى عمر بن الخطاب فقصت عليه ما حدث فاستدعى زوجها فجاء فقص عليه فقال له عمر : خذ زوجتك واذهب ــ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٦

ارادة باطنية حقيقية ومعتبرة رغم وجود الصيغة ، ومن ثم لا يترتب عليها شيء ولا تفيد أى التزام •

ويتفرع على هــذه الحالات عقد السكران والمخطىء والناسى •

(أ) عقــد الســـكران :

السكران هو الذى لا يعى ما يقول ، وقيل ان السكر غفلة تلحق الانسان مع فتور فى الأعضاء بمباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض وعلة [1] •

وقد اختلفت آراء الفقهاء فى حكم عقود السكران :

١ ـ اذا كان السكر من غير طريق محظور كسكر المضطر ومن تناول دواء فسكر به فلا يصح شىء من عقوده فى هذه الحالة •

٢ ـ اذا كان السكر بمحرم فقد اختلفت آراء الفقهاء على النحو التـالى :

فذهب البعض ومنهم ابن تيميـة وابن القيم وأحمـد فى رواية والكرخى والطحاوى من الحنفية أن عقوده غير جائزة لأنه زائل العقل فأشـبه المجنون والنائم •

وذهب الحنفية والشافعية فى الصحيح عندهم وأحمد فى رواية الى القول بصحة عقوده ، وان كان بعضهم قد قال بذلك زجرا له ، وقال البعض بصحة هــذه التصرفات من باب خطاب الوضع وربط الأسباب بالمسببات •

وفرق المـالكية بين العتق والطلاق وبين سائر العقود فيصح عتقه وطلاقه ويلزم ، أما سائر عقوده فغير لازمة وان انعقدت صحيحة •

فالسكر مانع من اللزوم لا من الصحة فيجوز له الرجوع اذا ادعى

---

(١) انظر نظرية العقد ـ د. محمد شوكت ص ١٠٩

السكر وأقره خصمه ، أما اذا أنكر خصمه فلا يصدق ويلزم العقد ما لم تكن هناك بينة أنه كان لا يعقل بسبب السكر[1] .

(ب) عقد المخطىء والناسى :

وهنا أيضا تصدر العبارة من غير قصد فمن أخطأ أو نسى وتلفظ بعبارة تنشىء التزاما فقال أكثر الفقهاء ان عبارته لا يترتب عليها أثر[2] .

وقال الحنفية ان عبارتهما يترتب عليها آثارها حرصا على استقرار المعاملات[3] .

***

الفرع الثانى : حالة ما اذا كانت الارادة الحقيقية الى التعاقد مشكوك فى صحتها

(عيوب الارادة أو عيوب الرضا)

فى هذه الحالات لا يمكن القطع بانتفاء الارادة العقدية الحقيقية كما لا يمكن القطع بسلامتها من العيوب ، بل توجد آفة أصابت ارادة العاقد ولا يستطاع معها اعتبار رضاه صحيحا كاملا[4] وهذا ما اصطلح على تسميته بعيوب الارادة وهى :

١ ــ الاكــراه .		٢ ــ الغلط .
٣ ــ التــدليس .		٤ ــ الغبن .

---

(١) انظر أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٣ ، جـ ٤ ص ١٤٧٢ ، المغنى جـ ٧ ص ١١٤ ، جـ ٨ ص ٢٥٥ ، فتح القدير جـ ٣ ص ٤٠ ، المجموع للنووى جـ ٩ ص ١٥٥ ، نهاية المحتاج جـ ٦ ص ٤٣٧ ، ٤٣٨

(٢) حجتهم أن الله رفع عنه الجناح فى قوله تعالى : ﴿ **وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم** ﴾ (الأحزاب : ٥) ولحديث الرسول ﷺ : « وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » انظر المغنى لابن قدامه جـ ٧ ص ١١٨

(٣) انظر فتح القدير جـ ٣ ص ٤٥ ، البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٦٦

(٤) انظر المدخل الفقهى العام ــ د. مصطفى الزرقا جـ ١ ص ٣٦٤

أولا : الاكـــراه

● **معنــاه :**

الاكراه فى اصطلاح الفقهاء وهو حمل الغير بغير وجه حق على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر المكره بأقل جهد على ايقاعه ويصير غير المكره خائفا به فائت الرضا بالمباشرة [1] ومن يكون من شأنه احداث ضرر به .

● **انواعه :** ملجىء ، وغير ملجىء[2] .

١ ـ الاكراه الملجىء : هو ما يكون التهديد فيه بقتل النفس أو اتلاف عضو أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس أو العضو ، والضابط فى الضرب تحقق الاضطرار والضرورة لاختلاف أحوال الناس فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يؤذيه الضرب اليســير ، ويسميه الكاسانى « الاكراه التام » .

٢ ـ الاكراه غير الملجىء : وهو ما يكون التهديد فيه دون ما تقدم فى الاكراه الملجىء كالحبس أو القيد ونحو ذلك ويسميه الكاســانى « الاكراه الناقص » .

وضابط الأذى أو التهــديد الذى لا يبالى به عــادة والأذى أو التهديد الذى يتحقق معه الاكراه متروك تقديره للقاضى ، فالاكراه أمر

---

(١) انظر كشف الأسرار جـ ٤ ص ١٥٠٣ وتعريفات اخرى فى تبيين الحقائق جـ ٥ ص ٨١ ، وابن عابدين جـ ٥ ص ١٠٩ ، تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ٢٩٢ ، فتح الغفار جـ ٣ ص ١١٩ ، المبسوط جـ ٢٤ ص ٣٨،٣٩ المهذب جـ ١ ص ٢٥٧

(٢) ص ٢٠٤ ـ المــادتين ١٨٥ ، ٢٨٦ من مرشد الحيران ، والمادتين ١٠٠٦ ، ١٠٠٧ من مجلة الأحكام العدلية . ويتضح أن هذا التقسيم خاص بالمذهب الحنفى .

نسبى يختلف باختلاف أحوال الناس[1] . ويذهب بعض الحنابلة الى عدم مراعاة أحوال الناس فيشترطون الاكراه البدنى[2] .

هذا .. وقد قسم الشافعى الاكراه الى اكراه بحق واكراه بغير حق .

ففى الأول يكون القصد منه الوصول الى غرض مشروع كجبر القاضى المدين على بيع ماله وفاء لدين الغرماء ونحو ذلك فهو اكراه للوصول الى غرض مشروع[3] .

وعند الحنفية اكراه الشخص على اقامة ما هو مستحق عليه لا يوجب الضمان على المكره[4] .

وعلى ذلك تصح التصرفات مع الاكراه بحق وتكون التصرفات باطلة مع الاكراه بغير حق .

* * *

● **أثر الاكراه فى التصرفات القولية :**

الاكراه بنوعيه عند الحنفية لا ينافى الاختيار ، فالمكره عندهم مختار فالاكراه لا يعدم الاختيار لأن الأخير لو سقط لتعطل الاكراه ، اذ الاكراه فيما لا اختيار فيه لا يتصور ، ولكن الرضا يكون منعدما دائما مع الاكراه[5] .

---

(1) انظر فى بيان ذلك تفصيلا : الزيلعى جـ ٥ ص ١٨٢ ، المبسوط جـ ٢٤ ص ٥٠ ، ٦٨ ، الفتاوى الخانية جـ ٣ ص ٤٨٣ ، البدائع جـ ٧ ص ١٧٦ ، حلى المعاصم جـ ٥ ص ٧٥ ، المهذب جـ ٢ ص ٧٨ ، تنص المادة ٢٨٨ من مرشد الحيران على أنه « يختلف الاكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصنعتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا » .

(2) المغنى جـ ٨ ص ٢٦٠ ، ٢٦١

(3) انظر الخرشى جـ ٢ ص ٩ ، التاج والاكليل للمواق جـ ٤ ص ٢٥١ فقد وردت فيهما صور الجبر الشرعى — التلويح جـ ٢ ص ١٩٦ ، ١٩٧ ، الأم جـ ٣ ص ٢١٠ ، المهذب جـ ٢ ص ٧٨

(4) انظر المبسوط جـ ٢٤ ص ١٠١

(5) انظر المبسوط جـ ٢٤ ص ٣٨ ، ٣٩ ، التلويح شرح التوضيح جـ ٢ ص ١٩٦

والتصرفات القولية تنقسم الى انشـائية واخبارات ، أو انشـاء واقرار .

اولا ـ التصرفات الانشائية : وتنقسم الى قسمين هما :

١ ـ تصرفات لا تحتمل الفسخ ولا يؤثر فيهـا الهزل : كالزواج والطلاق والعتاق والنذر واليمين ويرى الحنفية أنها جائزة مع الاكراه[1].

٢ ـ تصرفات تحتمل الفسخ ويؤثر فيها الهزل : كالبيع ـ والاجارة ـ وغير ذلك من التصرفات .

وفقهيا اختلفت آراء الفقهاء على النحو التالى :

الحنفية بينهم خلاف فى الرأى :

فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد أن هذه التصرفات فاسـدة مع الاكراه ولكنها تخالف سائر التصرفات الفاسدة بغير اكراه فى الأمور الآتية :

(أ) أنها تجوز بالاجازة بخلاف التصرفات الفاسدة[2] .

(ب) لا يزول فيها الفساد ولو تداولت الأيدى العين فيكون للبائع المكره مثلا أن يسـترد العين ولو تداولتها الأيدى بخـلاف التصرفات الفاسدة الأخرى حيث يبطل فيها النقض بالتصرف .

(جـ) العوض الذى يقبض المكره بسبب العقد المكره عليه لا يكون مضمونا الا بالتعدى ، فيده عليه يد أمانة بخلاف غيره من التصرفات[3].

ويرى زفر أن هذا التصرف موقوف على اجازة العاقد المكره بعد زوال الاكراه لا فاسد ، ومن ثم فلا يثبت الملك بالقبض فى بيع المكره ، على حين قد يثبت الملك بالقبض على رأى أبى حنيفة وصاحبيه .

---

(١) انظر المبسوط جـ ٢٤ ص ٤١ ، ٤٢

(٢) انظر البدائع جـ ٧ ص ١٨٦

(٣) انظر ابن عابدين جـ ٥ ص ١١٤ ، ١٢٥

المالكية : يرون أن التصرف فى هذه الحالة غير لازم فيكون للعاقد المكره الخيار بين فسخ العقد أو امضائه[1] .

الشافعية : يرون أن تصرفات المكره فى هذه الحالة باطلة ويستوى عندهم التصرفات التى تحتمل الفسخ والتى لا تحتمل[2] .

ثانيا — الاقرار — ولا فرق فيه بين تصرف محتمل للفسخ وتصرف لا يحتمل الفسخ :

والاكراه يمنع من صحته ، ولا يعتد بالاقرار مع الاكراه لأن الحق انما يثبت بالاقرار وقبل الاقرار لم يكن هناك حق ثابت[3] .

وفى المذهب المالكى تفصيل : فهناك قول بعدم قبول الاقرار مع الاكراه ، وقول بقبوله ، وقول يفرق بين ما اذا عين المقر ما اعترف به من قتل أو سرقة أو نحو ذلك فيقبل اقراره ، وما اذا لم يبين شيئا من ذلك فلا يقبل اقراره[4] .

* * *

● **الاكراه فى القانون وفقهه :**

نظرا لاعتبار الفقه القانونى التراضى ركنا من أركان العقد فقد تحدث فقهاء القانون عن وجود التراضى وعن صحة التراضى ، وفى صحة التراضى تحدث الفقهاء عن الأهلية وسلامة الارادة من العيوب .

---

(1) حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٦ ، الحطاب جـ ٤ ص ٢٤٨ ، شرح الخرشى جـ ٥ ص ١٠

(2) انظر المبسوط جـ ٢٤ ص ٥٦ ، ٥٩ ، والمهذب جـ ١ ص ٢٥٧ ، المجموع للنووى جـ ٩ ص ٦٦١

(3) انظر المبسوط جـ ٢٤ ص ٧٠ ، ٧٢ — البدائع جـ ٧ ص ٨٩ ، ١٩٠

(4) انظر الحطاب جـ ٥ ص ٢١٦ ، ٢١٧ ونهاية المحتاج للرملى وقد جاء فيه : « ولا يصح اقرار المكره بما اكره عليه بغير حق » جـ ٥ ص ٧١ ، ٧٢

أما في الفقـه الاســلامى فقد تحدث الفقهـاء عن التراضى من خلال ركن الصيغة أو التعبير ، وتحدثوا عن الأهلية والنيابة فى التعاقد من خلال ركن العاقدان أو طرفا العقد ، وتحدثوا عن عيوب الرضا من خلال حديثهم عن تطابق الارادة الظاهرة مع الارادة الحقيقية ومن ثم حالة ما اذا كانت الارادة الحقيقية فى التعاقد مشكوك فيها أى يعتورها عيب من عيوب الرضا •

ونعتقد أن الاختلاف فى طريقة الفقه الاســلامى والفقه القانونى اختلاف منهج وصناعة ، فالنظريات القانونية هى التى تسير الأحكام التفصيلية فى النظام القانونى ، والأصول الشرعية أو مصـادر التشريع هى التى تسير الأحكام التفصيلية فى الفقه الاسلامى ، ومن ثم فلا غرابة أن يكون هناك اختلاف فى طريقة تناول ومعالجة المسائل التى يتناولها النظام القانونى عن نظيرتها فى الفقه الاســلامى •

وفيما نحن بصدده فان لنظرية سلطان الارادة فى النظام القانونى أثر فى تناول الفقه لعيوب الارادة مع الأهلية بصدد الحديث عن صحة التراضى وان كان التراضى وجودا وصحة يدخل فى الصيغة أو التعبير عن الارادة كركن من أركان العقد فى الفقه الاسلامى ثم يأتى الحديث عن عيوب الارادة فى القانون هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال وســنبين موقف القــانون وفقهه من كل عيب من هــذه العيوب على النحــو التالى :

● **الاكراه فى القانون (الخوف) (La Violence) :**

تعريف : هو رهبة تتولد فى النفس نتيجة تهديد بايقاع أذى به أو بغيره فيحمله ذلك على التعاقد ، فارادة الشخص فى التعاقد مدفوعة بعامل الخــوف والرهبة ، فالارادة موجودة ولكنها ليست حرة ، أما الاكراه الذى يعدم الارادة فيجعل العقــد باطلا بطلانا مطلقا ويخرج عن نطاق

البحث القانونى ، أما الاكراه الذى يعيب الارادة فقط فيجعل العقد قابلا للابطال وهو فى ذاته يعتبر أيضا عملا غير مشروع يستوجب التعويض وهذه الارادة المعيبة بالاكراه ارادة فاسدة لم تكن حرة مختارة ، والذى يفسد الارادة والرضا هو الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد لا الوسائل المادية التى تستعمل فى الاكراه[1] .

* * *

● **مصدر الاكراه :**

١ ـ يستوى فى الاكراه أن يصدر من أحد المتعاقدين أو يصدر من الغير وبوصفه عيبا فى الرضا يفسد الارادة ويجعل العقد قابلا للابطال[2] .

والاكراه الصادر من غير المتعاقدين نصت عليه المادة (١٢٨) مدنى مصرى بقولها :

« اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه »[3] .

وعلى ذلك فالاكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلا للابطال ، الا اذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه ، ولا يشترط القانون اللبنانى فى المادة (٢٠٩) هذا الشرط فى الاكراه الصادر من الغير حتى يستفبد

---

(١) د. السنهورى ـ نظرية العقد ص ٤١٨ ، ٤٤٤ ـ د. حلمى بهجت بدوى ـ المرجع السابق ص ١٣٣ ـ ١٤٤ ، د. احمد حشمت ابو ستيت ـ المرجع السابق ص ١٦٧ وما بعدها ـ د. محمد لبيب شنب ص ١٧٠ استاذنا الدكتور عبد الودود يحيى ـ النظرية العامة للالتزامات ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) د. عبد السلام ذهنى ـ الالتزامات ـ فقرة ١٣٦ ـ د. محمد صالح ـ أصول التعهدات فقرة ٣٨١

(٣) يقابل هذا النص م ١٢٨ ليبى وم ١٢٩ سورى وم ١١٤ سودانى وم ٢١٠ لبنانى وم ١٢٥ كويتى وم ٥٣ تونسى .

منه المتعاقد المكره فيجوز للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ولا يخل هـذا بحق المتعاقد الآخر حسن النيـة فى التعويض وقـد يكون خير تعويض هو بقاء العقـد صحيحا •

ومن يدعى الاكراه عليه اثباته ، والوقائع التى تكون الاكراه تعتبر مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضـوع ، أما الوصف القانونى لهذه الوقائع وما اذا كانت تشكل اكراها من عدمه فيعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض •

٢ ـ الاكراه الناجم عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) :

فقد تتهيأ ظروف مصادفة يستغلها المتعاقد للافادة منها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد كالطبيب الذى يستغل خطورة المرض فيجبر المريض على دفع مبلغ كبير أجرا للعلاج أو الشخص الذى ينقذ آخر من الغرق أو الحريق ويطلب منه التعهد بمبلغ باهظ •

وقد ذهب الفقه والقضاء فى مصر الى أن الاكراه يتحقق فى هذه الحـالة •

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى يشتمل على نص فى هذا الخصوص هو المـادة (٣/١٧٨) التى تقول :

« اذا أبرم شخص عقدا للخلاص من خطر جسيم حال يهدده هو أو أحد أقاربه فلا يعتبر هذا العقد قابلا للابطال بسبب الاكراه اذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد »[١] وقد حذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العـامة فى تقرير هذا الحكم وبخاصة قواعد الاستغلال[٢] •

* * *

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٨٥ ، ١٨٦ هامش •

(٢) د. توفيق حسن فرج ـ نظرية الاستغلال ـ رسالة الاسكندرية ١٩٥٧ فقرة ٥١ ـ ٥٧ ويرى أن حالة الضرورة لا يمكن اخضاعها لنصوص الاكراه •

● **شروط الاكراه :**

لقد أوردت المــادتان ١٢٧ ، ١٢٨ مدنى مصرى عناصر الاكراه وأحكامه فتنص المــادة (١٢٧) على ما يأتى :

«١ — يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس .

٢ — وتكون الرهبــة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المــال .

٣ — ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هــذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه »[1] .

ويبين من هذا النص أن عناصر الاكراه وشروطه اثنان هما :

(١) استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محدق وهــذا عنصر موضوعى .

(٢) رهبة فى نفس المتعاقد تحمله على التعاقد تبعثها وســائل الاكراه وهــذا هو العنصر النفسى .

الشرط الأول — استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محدق :

فلا بد من استعمال وسائل للاكراه تقع على الجسم أو على النفس فتهدد المتعاقد أو شخصا عزيزا عنده أى تهدد المكره نفسه أو غيره وعلى ذلك فالاكراه فى فقه القانون نوعان :

---

(١) يقابل هذا النص م ١٢٧ ليبى وم ١٢٨ سورى وم ١١٢ — ١١٦ عراقى وم ٢١٠ لبنانى وم ١١٣ سودانى وم ١٢٤ كويتى وم ٥٠ — ٥٥ تونسى .

(أ) اكراه حسى (Violenee Physique) :

وفيه تقع وسائل الاكراه على الجسم •

(ب) اكراه نفسى (Violence Morale) :

وفيه تكون الوسيلة تهديدا بالحاق الأذى دون ايقاعه بالفعل فى الجسم أو النفس أو الشرف أو المال للمكره أو غيره وهذا هو الأكثر وقوعا[1] •

ويشترط فى الخطر المهدد به فى الاكراه أن يكون جسيما والعبرة فى جسامته بحالة المكره النفسية ، وأن يكون محدقا أى وشيك الوقوع •

والخطر اما أن يصيب المتعاقد نفسه أو غيره فى جسمه أو نفسه أو شرفه واعتباره بين الناس والثقة فيه لا سيما اذا كانت مهمته تقتضى توفر هذه الثقة كما فى التجارة ، واما على ماله •

أما اذا استعملت وسائل مشروعة للضغط على ارادة شخص آخر للوصول الى غرض مشروع فلا يبطل العقد للاكراه •

* * *

● **الشوكة والنفوذ الأدبى :**

الأصل أن النفوذ الأدبى بمجرده لا يكفى لتحقيق الاكراه ولكن

---

(١) ويذهب رأى حديث (د. على محيى الدين القره داغى — مبدأ الرضا فى العقود ج ١ ص ٤٧) الى انتقاد هذا التقسيم وعدم صحته فى القانون المدنى الذى يبحث فى الاكراه باعتباره عيبا فى الرضا ذلك لأن الاكراه الحسى اذ يؤدى الى الخوف فيصبح اكراها معنويا ، وفى هذا خلط بين الوسيلة التى يقع بها الاكراه والنتيجة التى يؤدى اليها وهى الرهبة والخوف وهذا هو جوهر الاكراه ايا كانت وسيلته أو وسائله والتقسيم الذى قال به الفقه انما هو للوسيلة أما النتيجة فلا خلاف عليها ومن ثم يصح عندنا هذا التقسيم كتصوير لوسائل الاكراه •

اذا أسيء استخدامه بحيث صحبه تأثير غير مشروع فان العقد يجوز ابطاله حينئذ بسبب الاكراه[1] .

الشرط الثانى ــ يجب أن تتولد فى نفس المكره رهبة تحمل على التعاقد :

هذه هى المسألة الجوهرية فى الاكراه فما تقدم بشأن الخطر ووسائله وصورته انما هو المظهر المادى للرهبة التى انبعثت فى نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد فليس الخطر الجسيم المحدق مقصودا لذاته بل بالنتيجة التى يؤدى اليها من وقوع الرهبة فى النفس دفعت المكره الى التعاقد فيجب النظر اذن الى حالة المتعاقد الشخصية والعوامل التى تتوقف عليها حالته النفسية من الجنس والسن والصحة والحالة الاجتماعية وكل ما من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه فى نفس المتعاقد[2] وهذا هو ما يعرف بالمعيار الذاتى .

ومعرفة ما اذا كانت الرهبة هى التى دفعت فعلا الى التعاقد مسألة وقائع لا رقابة لمحكمة النقض عليها ينظر فى تقديرها الى جميع العوامل الشخصية السابقة والتى تتصل بشخص المكره أما وجوب الاعتداد بهذه العوامل فمن مسائل القانون التى تعقب عليها محكمة النقض .

* * *

● **تعقيب وموازنة :**

من العرض السابق لموقف كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى وفقهه يتبين لنا أوجه الاختلاف وبعض أوجه الائتلاف ..

فمن أوجه الاختلاف :

(أ) اختلاف المصطلحات المستخدمة فى الفقه الاسلامى عن القانون

---

(1) نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٤٣/٢/٢٥ ــ مجموعة القواعد القانونية جـ ٤ ص ٩٥ رقم ١٩ ، د. عبد المنعم الصدة ــ مصادر الالتزام ص ٢٥٠ هامش .

(2) انظر د. حشمت أبو ستيت ــ المرجع السابق فقرة ١٨٤ .

الوضعي وفقهه ، فالحنفية يقسمون الاكراه الى اكراه ملجىء وغير ملجىء وفقــه القانون يقســمه الى اكراه حسى واكراه نفسى أو اكراه مادى واكراه معنوى .

وفى أثر الاكراه على التصرفات يذهب الفقه القانونى الى قابلية العقد للابطال ، وفى الفقه الاسلامى يمكننا القول بأن للفقهاء فى هذا الخصوص أربعة اتجاهات كل اتجاه بمصطلحه ، فمن قائل بالفســاد مع الاجــازة ، ومن قائل بالوقف على الاجازة ، ومن قائل بعــدم اللزوم والنفاذ ، ومن قائل بالبطلان .

(ب) أما من حيث اختلاف المسلك فى كل من الفقه الاســلامى وفقه القانون الوضعى ما ذهب اليه الفقه الاســلامى من التفريق فى أثره الاكراه بــين التصرفات القولية المنشــئة لغيرها من التصرفات والاخبارات أو الاقرار .

وفى الأولى جرى تقسيم الفقه الاسلامى لها الى تصرفات لا تقبل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل وهذه جائزة مع الاكراه وهذا ما لم يتطرق اليه القانون وفقهه ولعل هذا التصرفات الانشائية تعبر عن الطابع الدينى أو الصبغة الدينية فى الفقه الاسلامى .

أما التصرفات الانشائية التى تقبل الفسخ وتحتمله ويؤثر فيهــا الهزل فقد وقع فيها خلاف الفقهاء من حيث أثر الاكراه الى الاتجاهات الأربعة السابقة الذكر .

وفى الثانية ــ وهى الاقرار الذى يقدم عليه المكره ــ فان الاكراه لا يمنع من صحته فى الفقه الاسلامى وهذا أيضا مما لم يتطرق اليــه القانون وفقهه .

ومن أوجــه الاختلاف فى المســلك فى كل من الفقه الاســلامى والقانون الوضعى وفقهه أن القانون فى المــادة (١٢٨) مدنى مصرى وما يقابلها فى قوانين البلاد العربية خالف جمهور الفقه الاســلامى فى

اشـــتراط اثبات علم المتعـــاقد الآخر فى حالة وقوع الاكراه من غير المتعاقدين أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه وذلك حتى يكون للمكره أن يطلب ابطال العقد[1] فهذا المسلك القانونى يجافى حقيقة الاكراه باعتباره عيبا فى الارادة ومفسدا للرضا ، وما يذهب اليه بعض الفقه القانونى[2] فى تبرير هذا المسلك من اســـتقرار المعاملات وحماية المتعاقد حسن النية الذى يجوز له المطالبة بالتعويض وقد يكون خير تعويض هو استبقاء العقد صحيحا فان هذا الرأى وذلك التبرير اذا أراد أن يحمى متعاقدا فقد أوقع الضرر بالآخر وهو المكره الواقع تحت ضغط الاكراه ، وبذلك يختل التوازن فى العلاقة التعاقدية دون مبرر قوى راجح ، وعلى ذلك فاننا لا نرى هذا الشرط حتى يثبت أو يترتب حكم الاكراه ، الا أننا فى نفس الوقت نرى أن ثبوت علم المتعاقد الآخر بالاكراه لا يخل بحق المكره فى التعويض ان كان له محل وحصـــل له الضرر بسببه كما قال بذلك التسولى فى المذهب المـــالكى .

أما أوجه الائتلاف فى بعض الجزئيات فتتمثل فى المعيار الشخصى أى أن يؤخذ فى الاعتبار أحوال المكره فى تقرير الاكراه وتبيان أثره على الشخص . وكذلك فى الاكراه المعتبر من أنه التهديد الباعث على

---

(1) هناك فى المذهب المـــالكى فى الاكراه على ســـبب البيـــع ثلاثة أقوال : المذهب عـــدم لزومه ورأى بلزومه للمصلحـــة ورأى ثالث يقـــول باسترداد البائع المكره بضاعته اذا كان المشـــترى عالمـــا بالضغط والا فلا . يقول التسولى فى البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٧٦ : « واما ان أكره على سبب البيع كمـــا اذا أكره على اعطاء مال ظلمـــا فباع أمتعته لذلك فالمشهور أنه مردود أيضا ويأخـــذ البائع شيئه بلا ثمن يدفعه للمشترى وظاهره أنه يأخذه بلا ثمن ولو لم يعلم المشـــترى بالضغط ... الا أن العالم أثم كالغاصب وعليه الضمان مطلقا خلافا لابن رشد فى نوازله من أنه انما يأخـــذه دون ثمن ان علم المشـــترى بالضغط » الشرح الكبير مع حاشـــية الدسوقى جـ ٣ ص ٦

(2) د. السنهورى ــ الوسيط ــ مرجع سابق ــ وعبد المنعم الصدة ــ المرجع الســـابق .

الخـوف والرهبة فى نفس المكره أو غـيره بحيث يكون هـو الدافع نحـو التعاقد .

وكذلك عدم اعتبار الاكراه بحق مؤثرا فى التصرفات فى كل من الفقه الاسـلامى وفقه القانون الوضعى .

* * *

ثانيـا ــ الغلـط

الغلط حالة تقوم بالنفس يتصور فيها العاقد ويتوهم غير الواقع ..

● **أنواعـه :**

١ ــ غلط فى جنس الشىء محل العقد .
٢ ــ غلط فى الوصف .   ٣ ــ غلط فى الشخص
٤ ــ غُلط فى القيمة .   ٥ ــ غلط فى الحكم الشرعى .

والنوع الأول والثانى يجمعهما الغلط فى المعقود عليه أو فى الشىء ولذلك نتناولهما معا .

أولا ــ الغلط فى المعقود عليه (فى الشىء) :

(أ) اختلاف الجنس :

الجنس هو المقول على الكثرة التى لا يتفاوت الغرض منها تفاوتا فاحشـا ، فالجنسـان ما يتفاوت الغرض منهما تفاوتا فاحشـا بلا نظر الى الذاتى[1] والضـابط فى أنها جنس واحـد أو جنسـان تفاوت الأغراض تفاوتا بعيـدا فيكون من اختـلاف الجنس أو قريبا فيكون من الجنس الواحـد دون اختـلاف الأصـل ولذا قالوا : الخـل مع الدبس جنسـان مع اتحاد أصلهما بفحش تفاوت الغرض منهما[2] .

---

(١) الغرض الذاتى .
(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٦ وواضح أنه يجعل التفاوت الفاحش فى المنفعة اختلاف فى الجنس .

فاذا وقع الغلط فى جنس الشىء بأن اعتقد أحد العاقدين أنه من جنس معين فاذا به من جنس آخر كان البيع باطلا لانعدام المحل مثل أن يبيع فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج[1] .

(ب) اتحاد الجنس والتفاوت فى صفة المقصود فاحش :

والغلط هنا أيضا كاختلاف الجنس مثل لو باع دارا على أن بناءها آجر . فاذا هو « لبن » فان التفاوت فى المنفعة يكون فاحشا رغم اتحاد الجنس ومن ثم كانا كالجنسين المختلفين ، والأصل فى ذلك أنه اذا اجتمعت التسمية والاشارة للمعقود عليه كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس لأن التسمية أبلغ فى التعريف من الاشارة فى هذه الحالة ويقع البيع باطلا لأنه معدوم وبيع المعدوم باطل الا فى السلم ، واختار الكرخى من الحنفية أنه فاسد لأنه باع المسمى وأشار الى غيره فصار كأنه باع شيئا بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد[2] .

(جـ) اتحاد الجنس والتفاوت فى صفة المقصود غير فاحش (الغلط فى الوصف أو فوات الوصف المرغوب فيه) :

فاذا باع ياقوتا أحمر فاذا هو أصفر ونحو ذلك فان البيع صحيح غير لازم ولكن يثبت للمشترى « خيار الوصف » واذا اجتمعت التسمية والاشارة فى المعقود عليه وكان المسمى من جنس المشار اليه كانت العبرة للاشارة لأنها تتناول ما وقعت الاشارة اليه ، فينعقد العقد على المشار اليه ويثبت الخيار لمن وقع الغلط فى جانبه لفوات الوصف المرغوب فيه المؤدى الى اختلال الرضا[3] ..

---

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٣٩ ، ١٤٠ .

(٢) انظر الزيلعى جـ ٤ ص ٥٣ ، الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ١٣٤ وهناك رأى فى المذهب الشافعى والمالكى بصحة العقد مع عدم لزومه .

(٣) المبسوط جـ ١٣ ص ١٢ ـ فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠١ ـ البدائع جـ ٥ ص ١٤٠ ، تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٥٢ ، ٥٣ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٨٩ ـ الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ ـ المواد ٧٢ ، ٢٠٨ ، ٣١٠ ، ٣٢٢ من المجلة و ٣٠١ ، ٣٨١ من مرشد الحيران .

وضابط الوصف المرغوب فيه أن يكون مما يقصد ويتعلق به غرض العقلاء .

ولكن الوصف المرغوب فيه قد يحصل فيه التفاوت فبأى درجاته يتحقق وجوده أو فواته ؟

الضابط فى ذلك — أى فى تحقق الوصف المرغوب فيه — أن يتحقق منه قدر ما ينطلق وينطبق عليه الاسم بالنظر الى العرف[1] .

ثانيا — الغلط فى الشخص :

تظهر أهمية الغلط فى شخص العاقد اذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد ، فاذا وقع الغلط فى ذاتية الشخص أو فى صفة جوهرية فيه كان للطرف الذى وقع فى الغلط حق الفسخ وعلى الجملة فان حكمه حكم الغلط فى جنس المعقود عليه . ومن أمثلة ذلك :

عقد الزواج : اذ يكون لشخصية الزوج اعتبار جوهرى من ناحية كفاءته للزوجة ومن حيث خلوه من بعض الأمراض فاذا وقع غلط فى شىء من ذلك جاز التفريق .

وكذا فى الشفعة : يكون لشخصية المشترى اعتبار فى الأخذ بها فاذا علم الشفيع باسم المشترى فسلم فى الشفعة ثم بان له أن المشترى هو غير من سمى فله حق الشفعة[2] .

وفى الوكالة واجارة الظئر : يكون لبعض الصفات الجوهرية فى شخصية الوكيل والظئر اعتبارفى العقد[3] .

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٢٢ — حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٤٤٣

(٢) المادة ١٤٥ من مرشد الحيران ، انظر المبسوط جـ ١٤ ص ١٠٥ ، البدائع جـ ٧ ص ٣٣٢ ، البحر الرائق جـ ٨ ص ١٤٤ .

(٣) انظر المبسوط جـ ١٥ ص ١١٩ وما بعدها ، تكملة فتح القدير جـ ٦ ص ١٥ ، ١٦ ، الزيلعى جـ ٥ ص ١٢٨ .

وهـذا النـوع من الغلط يكثر وقوعـه فى الوصـية والهبـة والاستصناع أما اذا كان الغلط لا يترتب عليـه تفـاوت يصـل الى درجـة التفـاوت الفـاحش فيكون هـذا بمشـابة فوات للوصـف المرغوب فيـه •

ثالثا ــ الغلط فى القيمـة :

يؤدى الغلط فى قيمة المعقود عليـه الى الغبن ولكن الغبن هنـا يكون مصحوبا بجهل لقيمة الشيء والغلط فى قيمة المعقـود عليه انمـا يعيب الارادة والرضـا •

وسيأتى الحديث عن الغبن ••

رابعا ــ الغلط فى الحكم الشرعى :

مؤداه أن العاقد كان يجهل الحكم الشرعى عند التعاقد ، والأصل أن الجهل بالحكم الشرعى لا يعتبر عـذرا ، ولا يكون عـذرا الا اذا انتفى التقصير فى جهله به •

وقد جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم :

« وأما الجهل فحقيقته عـدم العلم عما من شـأنه العلم فان قارن اعتقاد النقيض فهو مركب وهو المراد بالشـعور بالشيء على خـلاف ما هو به والا فبسيط وهو المراد بعدم الشعور وأقسامه على ما ذكره الأصوليون كما هو فى المنار أربعة •• والثانى الجهل فى موضع الاجتهاد الصحيح أو فى موضـع الشـبهة وأنه يصلح عذرا وشبهة كالمحتجم اذا أفطر على ظن أنها فطرته •• والثالث الجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه يكون عذرا »[1] •

---

(1) انظر ص ١٦٧ ، ١٦٨ ، مجمع الضمانات ص ١٥٤ ، البـدائع جـ ٥ ص ١٥١ .

وكل ما لا يعتبر عـذرا فجميع العقود المترتبة عليـه باطلة ويجب نقضها وأن ما يعـد الجهل به عـذرا فتقبل به دعـوى الغلط ويكون لصاحبها حـق الخيـار .

والضابط فى الغلط فى جميع أنواعه أن يكون ظاهرا غير مسـتتر فى ضمير العاقـد ، ويستفاد ظهور الغلط من كلام العاقد ودلالة الحال وظهور عيب فى المعقود عليـه[1] .

***

الغلط فى القـانون وفقـه

● **تعريف :**

وهم يقوم فى ذهن الشـخص يحمله على تصور غير الواقع ويكون هـو الدافع الى التعاقد ، والغلط بهذا المعنى الواسـع يشـتمل على أنواع كثيرة للغلط لم يهتم الفقـه الحديث منها الا بالغلط الذى يعيب الارادة عنـد ابرام التصرف ولا يختلط بوجودها ذاته ، كمـا لا يجوز فى الغلط الذى يعيب الارادة أن يقـع على ركـن من أركان العقـد والا أعـدم التراضى ، ومع ذلك يجب أن يكون غلطا جوهريا غير واقع على أركان العقـد وألا يستقل به المتعاقد الذى وقع فى الغلط بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجـه من الوجوه حتى يعتد به .

***

● **شروط الغـلط :**

تنص المـادة (١٢٠) مدنى مصرى على أنه :

« اذا وقع المتعاقـد فى غلط جوهرى جـاز له أن يطلب ابطـال العقـد ان كان المتعاقد الآخر قـد وقع مثله فى هـذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليـه أن يتبينه »[2] .

---

(١) الحطاب جـ ٤ ص ٤٤٦ وما بعدها .

(٢) يقابل هـذا النظام مادة ١٢٠ ليبى ، مادة ١٢١ سـورى ، مادة ١١٩ عراقى ، مادة ١٠٦ سودانى ، مادة ٢٠٣ لبنانى ، مادة ١٢٠ كويتى ، مادة ٤٥ — ٤٩ تونسى ، مادة ٤١ — ٤٤ مغربى .

وتنص المـادة (١٢١) مدنى مصرى على أنه :

« ١ — أن يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حـدا من الجسـامة بحيث يمتنع معـه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط .

٢ — ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص :

(أ) اذا وقع فى صـفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لمـا يلابس العقـد من ظروف وما ينبغى فى التعامل من حسن نيـة .

(ب) اذا وقع فى ذات المتعاقـد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هـذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد »[1] .

ويتبين من نصـوص القانون المدنى المصرى أنه يشترط لوجـود غلط يعيب الارادة شرطان هما :

١ — أن يكون الغلط جوهريا .

٢ — أن يكون الغلط داخلا فى نطاق التعاقد ودافعا اليـه ويتصل المتعاقـد الآخر به .

الشرط الأول — يجب ان يكون الغلط جوهريا :

ويعتبر الغلط جـوهريا فى القـانون المصرى اذا بلغ فى تقـدير المتعاقد حـدا من الجسـامة لو تكشف له لامتنع عن ابرام العقـد ، أى أنه كان هو الدافع الرئيسى الى التعاقد ، فالعبرة اذن بالأوصـاف المعتبرة فى نظر المتعاقد ونيته لا بالخصـائص التى تكون مادة الشىء فى ذاته وهذا هـو المعيـار الذاتى فى الغلط ، ونظرا لمـا يقتضيه هذا المعيـار من البحث فى الحـالة النفسـية للمتعاقد فقـد اتخذ القانون

---

(١) يقـابل هـذا النص مادة ١٢١ ليبى ، مادة ١٢٢ سـورى ، مادة ١١٧ ، ١١٨ عراقى ، مادة ٢٠٥ لبنانى ، مادة ١٠٧ سـودانى ، مادة ١٢٠ كويتى .

قرينة موضوعية مؤداها أن الصـفة الجوهرية ليست كذلك فى اعتبار المتعاقدين فقط بل أيضـا يجب أن يكون المتعاقدان اعتبراها جوهرية وفقـا لما لابس العقـد من ظروف ولما ينبغى فى التعـامل من حسـن نيـة •

وعلى هذا الأسـاس يصـح أن يقع الغلط الجوهرى فى صـفة جوهرية فى الشىء أو فى شـخص المتعاقد سـواء فى ذاته أو فى صـفة من صـفاته وكانت هـذه أو تلك السـبب الرئيسى فى التعاقد وذلك كالغلط فى شـخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك أو فى صـفة من صفات الشخص كأن يهب شـخصا مالا معتقدا أنه تربطه به صـلة قرابة فيتضح غير ذلك •

وتقدير ما اذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت محل اعتبـار دافع الى التعاقد من مسـائل الواقع لا القانون •

وكذلك الغلط الجوهرى فى القيمة والغلط فى الباعث والسبب من شـأنه أن يجعل العقد قابلا للابطال •

* * *

● **الغلط فى القـانون :**

تنص المـادة (١٢٢) مدنى مصرى على أنه :

« يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون اذا توافرت فيـه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمـادتين السـابقتين هـذا ما لم يقضى القانون بغيره »[1] •

ومؤدى هـذا النص أن الغلط فى الواقع بمعياره وشروطه وحالاته ينطبق على الغلط فى القانون •

وليس هنـاك تعارض بين حكم المـادة رقم (١٢٢) والقاعـدة

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢١ ليبى ، مادة ١٢٣ سورى ، مادة ١٠٨ سـودانى •

القائلة بأن أحـدا لا يعذر لجهله بالقـانون ذلك لأن هذه القـاعدة يراد بها أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قانونا معينـا كى يستبعد تطبيق هـذا القـانون عليـه وليس فى ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق فى طلب الابطـال لغلط فى القـانون ما دام أن هـذا الغلط كان هو الدافع الى التعاقد فابطـال العقـد لا يعنى اسـتبعاد تطبيق قاعـدة قانونية ولا الهروب من حكم هذه القاعدة[1] .

ونرى أن هـذا هو التفسير الشـائع فى هـذه المسـألة خلافا لمـا ذهب اليه البعض من أن قاعدة « لا يعذر المرء لجهله بالقانون » تتعارض مع حكم المـادة (١٢٢) ومن ثم ذهبوا للخروج من هـذا التعارض الى القول بأن القاعدة السـابقة لا تنطبق الا بالنسـبة الى القواعـد القانونية الآمرة التى تتعلق بالنظام العـام ومن ثم فان هذه القواعـد لا يجوز طلب الابطال لغلط فيها على عكس القواعد المكملة فلا تنطبق القاعـدة بشـأنها لعـدم تعلقها بالنظام العام[2] .

الشرط الثانى — أن يكون الغلط داخـلا فى نطاق التعاقـد ويتصل به المتعاقد الآخـر :

يجب طبقـا لنص المـادة (١٢٠) سـالف الذكر أن يكون الغلط مشـتركا بين الطرفين أو يكون الطرف الآخر الذى لم يقـع فى الغلط على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه .

وفى هـذه الصـور الثلاث يكون الغلط الجوهرى مبررا لطلب ابطال العقـد أو لجعل العقد قابلا للابطال ، والمتعاقـد الذى وقـع فى الغلط لا يدع سـبيلا لزعم الطرف الآخر بأنه فوجىء بطلب ابطـال العقد فقد ثبت أن المتعاقد الآخر كان مشـتركا فى الغلط أو كان يعلم به أو كان من السـهل عليـه أن يتبينـه وهو فى الأولى حسـن النيـة

---

(١) د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٣٦ .

(٢) د. السنهورى ، الوسـيط ص ٣٢٩ .

ومقتضى حسن النيـــة أن يســلم بابطال العقد ، وفى الثانية سيء النية والابطال جزاء ســوء نيتــه ، وفى الثالثة مقصر وتعويض التقصــير الابطــال .

واشتراط علم الطرف الآخر بالغلط وأن يكون متصــلا به يعنى أن يكون هــذا الطرف على بينــة أيضــا من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع الى التعاقد[1] . ومدعى الغلط عليه اثباته ســواء بالنسـبة لنفســه أو للطرف الآخر وهــذه مســألة وقائع واذا عجز مدعى الغلط عن اثبــات أن المتعاقد الآخر كان مشــتركا فى الغلط أو كان على علم به أو كان من الســهل عليــه أن يتبينه فلا يجوز ابطال العقد .

* * *

موازنة بين الفقــه الاســلامى والقانون وفقهــه

يبين لنــا من العرض الســابق للغلط فى كل من الفقه الاسلامى والقانون وفقهه أن هناك فروقا جوهرية فى كل منهما فيما يتعلق بالغلط ســـواء فى التعريف أو الحــالات التى ينطبــق عليها أو فى الأحكام والآثار . اذ الضــابط للغلط فى الفقه الاســلامى أن يكون ظاهرا غير مســتتر ويستفاد ظهور الغلط من كلام العاقد (الصــيغة) ومن دلالة الحال ، على خلاف النظرية الحديثة فى فقه القــانون التى أخذت بالمعيار الذاتى فى الغلط والارتباط بالنفس والنية اتخذت قرائن موضوعية عليه قائمــة على ما لابس العقــد من ظروف وما ينبغى فى التعـــامل من حســن نيــة .

هذا فضــلا عن أن حالات الغلط فى الفقه الاســلامى تختلف عن حالاتها فى القانون وفقهه وليس هــذا فحسب بل ان الجزاء المترتب على

---

(1) د. حلمى بهجت بدوى ، مرجع ســابق ص ١٩٠ ، د. محمد على عمران ، مصادر الالتزام ص ٦٩ حيث يرى « انه ليس بصحيح انه من غير المتصور أن يكون الغلط مشتركا مع جهل أحــد المتعاقدين بالاعتبار الدافع الى التعاقــد » مثل هــذا الرأى ، د. اسماعيل غانم ، نظرية الالتزام ص ٢٢٠ بنــد ١٠١ .

كل حالة يختلف فقـد يكون الفسـخ أو البطلان أو الفسـاد أو خيار الوصف أو العيب أو الرؤية وقـد يكون الجزاء أيضـا الوقف أو عدم اللزوم وكل ذلك على حين أن الجزاء المترتب على الغلط في القانون وفقهه جزاء واحـد في جميع الحالات هو قابلية العقد للبطلان .

والغلط فى القـانون أوسع مدى من الجهـل بالأحكام الشرعيـة فلا يعذر المرء بجهله بأحكام الدين فى الاسـلام وذلك كقاعـدة عامة وأساسية فى المنهج الاسلامى وعلى التفصيل الذى ساقه ابن نجيم .

واذا كان القـانون وفقهه قـد اتجه فى مسلكه الجديد والحديث الى وضع نظرية عامة فى الغلط من حيث معياره الذاتى القائم على الغلط فى الصـفة الجوهرية فان هـذا المسـلك لا يستقيم فى الفقه الاسلامى لاختلاف أحكام الغلط فى حالات عنها فى حالات أخرى ولارتباط الغلط بمعان وآثار تختلف عن المسلك القانونى .

* * *

ثالثـا ــ التدليس

● معنـاه والضابط فيـه :

اسـتخدام وسـائل احتيالية لاخفاء عيب[1] المعقود عليه واظهاره بصورة ليس عليها لتضليل المتعاقد وحمله على التعاقد[2] .

---

(١) العيب هو ما تنقص به عين الشىء أو قيمته أو ثمنه أو يفوت به غرض صحيح ، وعلى الجملة هو كل ما يعده النـاس عيبـا ، انظر كشـاف القناع جـ ٣ ص ٢١٥ ، البحر الزخار جـ ٣ ص ٣٥٥ ، جواهر العقـود للمنهاجى جـ ١ ص ٧٠ .

(٢) عرفته المـادة ١٦٤ من المجلة بأنه « توصيف المبيع للمشترى بغير صـفته الحقيقية » وعرفه الحطاب بأنه « أن يفعل البائع فى المبيع فعـلا يظن به المشترى كمالا فلا يوجـد ... أن يفعل البائع فى المبيع فعـلا يستر به عيبه فيظهر فى صـورة السـالم » جـ ٤ ص ٤٣٧ ، انظـر المعاملات الشرعيـة ، أحمـد ابراهيـم ص ٨٩ ، الشرح الكبير جـ ٤ ص ٨٥ ، الأم جـ ٣ ص ٦٠ .

ويطلق عليه الفقهاء أحيانا اسم التغرير[1] .

● **أنواعه :** التدليس ثلاثة أنواع هى : التدليس الفعلى والتدليس القولى والتدليس بالكتمان .

أولا ــ التدليس العملى أو الفعلى :

وضابطه استخدام حيل عملية من شأنها خداع المتعاقد وحمله على التعاقد .

وقد يكون ذلك باضافة صفات غير حقيقية الى المعقود عليه أو بستر عيوبه أو استخدام وسائل خارجة عن المعقود عليه لكنها تؤثر على المتعاقد وتخدعه وتحمله على التعاقد[2] وذلك كالتصريه وبيع النجشى والتدليس فى المرابحة والتولية والوضيعة .

ثانيا ــ التدليس القولى :

وضابطه الكذب الدافع الى التعاقد .

وقد يكون فى ثمن السلعة أو فى سعر السوق أو التغرير بالمتعاقد بمعلومات مضللة .

وذلك كما فى تلقى الركبان وبيع المسترسل والنجش[3] ..

---

(١) انظر الوسيط فى نظرية العقد جـ ٦ ص ٣١٩ وما بعدها ، دكتور عبد المجيد الحكيم .

(٢) انظر كشاف القناع جـ ٣ ص ١٧٣ ، الحطاب جـ ٤ ص ٤٣٧ وما بعدها ، نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٧٣ .

(٣) تلقى الركبان اى بتلقى الركبان القادمين الى السوق قبل أن يهبطوا السوق فباعهم أو اشترى منهم وهم لا يعلمون حال السوق ــ المسترسل الجاهل لقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ــ النجش هو أن يزيد فى السلعة شخص لا يريد شراءها لغير المشترى وذلك بالتواطؤ مع صاحب السلعة .

وبياعات الأمانة والمرابحة والمواضعة والتولية ، وتسمى أمانة لأن المشترى ائتمن البائع فى اخباره عن الثمن الأول من غير بينة ولا استحلاف[1] .

ثالثا — التدليس بالكتمان :

وضابطه التغاضى عن ذكر عيب فى الشىء معروف لديه .

* * *

● حكم التدليس :

اتفق الفقهاء على أن الحيل التى يلجأ اليها المتعاقد لخداع المتعاقد الآخر تؤثر على لزوم العقد ويكون للمدلس عليه حق الخيار[2] وهو ما يسمى خيار العيب ، ومؤداه أن للعاقد حق الرجوع فى العقد بعد تمامه اذا اطلع على عيب المعقود عليه .

ثم اختلفوا بعد ذلك فى الفروع على النحو التالى :

١ — بالنسبة للحيل التى تضفى صفات غير حقيقية على المعقود عليه فهناك رأى بلزوم العقد وأن يرجع المدلس عليه بالنقصان على المدلس[3] لتعريته .

٢ — بالنسبة للحيل الخارجة عن المعقود عليه فهناك رأى يقضى ببطلان العقد كالنجش[4] ورأى بصحته ولزومه[5] .

٣ — بالنسبة للبيوع التى استخدم فيها الكذب فى سعر السوق كتلقى الركبان فهناك رأى بجوازه ولزومه ورأى ببطلان العقد[6] .

* * *

---

(١) انظر البدائع جـ ٥ ص ٢٢٢ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٥٦ ، المدونة الكبرى جـ ١٠ ص ٥٩ — ٦٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٦٧ ، المغنى جـ ٤ ص ٢٧٨ ، المحلى جـ ٨ ص ٤٤٨ .

(٣) انظر رد المحتار جـ ٢ ص ٦٦ وان كان يرى عدم الرجوع بالنقصان .

(٤) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٢٧٨ .

(٥) البدائع جـ ٥ ص ٢٣٣ ، الأم جـ ٣ ص ٨٠ .

(٦) البدائع جـ ٥ ص ٢٣٢ ، الأم جـ ٣ ص ٨٢ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٦٦٩ ، المغنى جـ ٤ ص ٢٨٢ .

التدليس فى القانـــون وفقهـــه

تعريف : التدليس هو اســتعمال طرق احتيالية توقع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعــاقد[1] .

● شروط التدليـــس :

أورد القــانون المدنى المصرى أحكام التدليس فى المــادتين ١٢٥ ، ١٢٦ على النحو التالى :

تنص المــادة (١٢٥) على ما يأتى :

« يجوز ابطال العقــد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليهــا أحــد المتعاقدين أو نائب عنــه من الجسامة بحيث لولاها لمــا أبرم الطرف الثانى العقد .

ويعتبر تدليســا السكوت عمدا عن واقعــة أو ملابســة اذا ثبت أن المدلس عليــه ما كان ليبرم العقــد لو علم بتلك الواقعــة أو هــذه الملابســـة »[2] .

ويستخلص من هذين النصين شروط التدليس وعناصره :

١ ــ استعمال طرق احتيــالية :

يجب لقيــام التدليس أن تستعمل طرق احتيالية تولــد الغلط فى

(١) د. عبد المنعم الصــدة ، مصادر الالتزام ، د. محمــد لبيب شنب ، مصــادر الالتزام ص ١٦٠ ، د. حشمت أبو ستيت فقرة ١٧٠ وما بعدها ، د. السنهورى ، الوســيط ص ٣٤٢ .

(٢) يقــابل هــذا النص مادة ١٢٥ ليبى ، مادة ١٢٦ ســورى ، مادة ١٢١ عراقى ، مادة ١١١ ســودانى ، مادة ٢٠٨ ، ٢٠٩ لبنانى ، مادة ١٢٢ كويتى ، مادة ٥٦ ، ٥٧ تونسى .

ذهن المتعاقد فتخفى الحقيقة عنه والطرق الاحتيالية تقوم على عنصرين :

الأول ــ عنصر مادى : وهى عبارة عن الطرق والوسائل التى استخدمها المدلس لاخفاء الحقيقة وأن تكون هذه الطرق كافية للتضليل بحسب حالة المتعاقد فالمعيار هنا ذاتى أو شخصى وهذه الوسائل والطرق الاحتيالية لا تقع تحت حصر منها : تقديم أوراق غير صحيحة أو الاستعانة بأشخاص آخرين لتأييد الادعاءات الكاذبة أو الظهور بمظهر الثراء والجاه .

والأصل أن مجرد الكذب لا يكفى لقيام التدليس أما اذا انصب الكذب على واقعة معينة لها اعتبارها فى التعاقد فانه يعتبر تدليسا ، وهذا الالتزام ببيان معلومات لها أهميتها فى التعاقد قد يكون له أهمية خاصة فى التعاقد .

كذلك الكتمان الأصل فيه أنه لا يعتبر تدليسا الا أن تكون هناك أحوال يكفى فيها الكتمان لقيام التدليس وهى التى يكون فيها على المتعاقد أن يفضى بأمر من الأمور فيلتزم به ويعتبر سكوته عنه تدليسا وهذا الالتزام ببيان معلومات لها أهميتها فى التعاقد قد يكون مصدره القانون كالمادة (٧٦٤) مدنى مصرى فى عقد التأمين على الحياة وقد تفرضه طبيعة العقد وقد توجبه الظروف والملابسات التى تحيط بالعقد فتوجب على المتعاقد فى ضوء هذه الظروف أن يكشف عن أمر يدرك أن له خطره لدى المتعاقد الآخر وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٥/٢) مدنى مصرى ويستفاد منها أربعة شروط لاعتبار الكتمان تدليسا هى :

١ ــ أن يكون كتمان لأمر خطير يؤثر فى ارادة المتعاقد الذى يجهله تأثيرا قويا .

٢ ــ أن يعرفه المتعاقد الآخر ويعرف خطره .

٣ ــ أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول .

٤ ــ ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر •

الثانى ـ عنصر معنوى : وهو نيه التضليل للوصــول الى غرض غير مشروع فاذا انعدمت نيــة التضليل لا يكون هنــاك تدليس وأن يكون المراد من التضليل الوصول الى غرض غير مشروع •

٢ ــ أن يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد :

تنص على ذلك المــادة (١٢٥/١) مدنى مصرى ســالفة الذكر اذ يجب أن يكون التدليس هو الذى دفع الى التعاقد وقاضى الموضـــوع هو الذى يقدر ذلك مسترشــدا بما تواضع عليــه النــاس فى تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية •

٣ ــ أن يكون التدليس صــادرا من المتعاقد الآخر أو أن يكون هذا على علم به اذا كان صــادرا من الغير :

يشترط طبقا للمادتين ١٢٥ ، ١٢٦ مدنى مصرى أن يكون التدليس صــادرا من أحــد المتعــاقدين أو نائب عنــه ، واذا صــدر التدليس من الغير وجب أن يكون المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به أو يكون من المفروض حتما أن يعلم به • وكذلك يســتطيع المتعاقد المدلس عليــه أن يطلب ابطال العقــد للغلط اذا كان الغلط الذى ولده التدليس مشـــتركا بينــه وبين المتعاقد الآخر أو كان هــذا على علم به أو كان من الســـهل عليه أن يتبينه ، وهو يلجــأ الى هــذا الطريق اذا لم يكن من اليســير عليه أن يثبت علم المتعاقد الآخر بالتدليس الصــادر من الغير أو استطاعته هذا العلم •

واذا لم يثبت شــيئا من ذلك فلا يجوز ابطال العقــد لأن المتعاقد الآخر حسن النية ، ولو أبطلنا العقد لجاز للمتعاقد حسن النيــة أن يطلب تعويضا ، وخير تعويض هــو بقاء العقــد صحيحا ، وفى هــذه الحالة يكون العقــد قد قام على الارادة الظاهرة أو بعبــارة أدق : قام العقد على ســبيل التعويض لا على سبيل الارادة الحقيقية للمتعاقد •

* * *

● **العلاقة بين التدليس والغلط :**

١ ــ الغلط يغنى عن التدليس فى النظرية الحديثة :

فطبقا للنظرية الحديثة ــ وعلى نحو ما سبق تفصيله ــ فان التدليس لا يبطل العقد الا اذا كان دافعا الى التعاقد ، وهو لا يكون كذلك الا لما يوقعه فى نفس المتعاقد من الغلط ومن ثم يكون الغلط أيضا دافع ، والغلط الدافع يبطل العقد دائما حتى ولو وقع فى الباعث أو فى القيمة ، وعلى ذلك فكل عقد يبطل للتدليس يبطل للغلط فى ذات الوقت ومن ثم فان نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس على هذا الأساس •

٢ ــ التدليس لا يغنى عن الغلط :

فالتدليس اذا لم يوقع المتعاقد فى غلط فلا أثر له فى صحة العقد ولا يترتب عليه الا التعويض اذا ترتب عليه ضرر باعتبار أنه فى ذاته غير مشروع •

واذا كان الغلط يغنى عن التدليس على نحو ما سبق فان التدليس لا يغنى عن الغلط •

على أنه اذا وقع المتعاقد فى غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فان هناك فرقا عمليا فى هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوبا بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به ، ويظهر أثر هذا الفرق فى أمرين هما :

(أ) سهولة اثبات الغلط المصحوب بالتدليس لوجود الطرق الاحتيالية وهى قائمة على وسائل مادية يسهل اثباتها فيثبت الغلط تبعا لها •

(ب) اذا كان الغلط مصحوبا بتدليس فان ذلك قد يكون سببا لابطال العقد والتعويض أيضا اذا نجم عن التدليس ضرر ، أما اذا كان الغلط غير مصحوب بالتدليس فان أثره يقتصر على ابطال العقد ولا محل فيه للتعويض الا اذا أثبت خطأ فى جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به •

* * *

موازنة بين الفقه الاسلامى والفقه القانونى

لقد فرق الفقه الاسلامى فى أنواع العقود بالنسبة لأثر التدليس ، ففى عقـود الأمانة يكتفى بالكذب المجرد أو مجرد الكذب على عكس الفقه القـانونى اذ الأصـل فيـه أن مجرد الكذب لا يكفى لقيـام التدليس ، وكذلك الأمر بالنسبة للكتمان فى كل من الفقه الاسلامى وفقه القـانون . كذلك يختلف حكم التدليس فى الفقه الاسلامى باختلاف نوع وطبيعة الحيل المستخدمة على نحو ما سـبق تفصيله .

ان الفقه الاسلامى يعتـد بالتدليس الصـادر من أحد المتعاقدين أو الصـادر من غيره أيضـا .

* * *

رابعـــا ــ الغـــبن

● **معناه وضـابطه** : عدم التماثل بين العوضين فى القيمـة ولا يعلمه المغبون أثناء التعاقد[1] .

● **أنواعــه** : غبن يسير ، وغبن فاحش ..

وقد اختلف الفقهاء فى معيـار الغبن اليسير والفاحش على النحو التـالى :

١ ــ ذهب البعض الى أن اليسير من الغبن هو ما يدخـل تحت تقويم المقومين وأهـل الخبرة ، والفاحش ما لا يدخل سـواء بالزيادة أو النقصـان[2] .

---

(١) لا يشترط البعض علم المغبون ومن ثم يحدث الغبن أثره ولو كان العاقد يعلمه ــ قال بذلك بعض فقهاء الظاهرية ــ المحلى ج ٨ .

(٢) انظر المـادة ٥٤٥ وما بعدها من مرشد الحيران .

٢ ـ حدد البعض الآخر حدا معينـا :

(أ) فحدد محمد بن الحسن نصف عشر القيمة الحقيقية للمعقود عليـه ، فاذا كان الغبن لا يتعداها فهو يسـير والا ففاحش .

(ب) وحدده « الجصاص » باختلاف المعقود عليه :

ففى العروض اذا زاد الثمن أو نقص بأكثر من نصف عشر القيمة الحقيقية كان الغبن فاحشا . وفى الحيوان العشر ، وفى العقار الخمس ، والا فالغبن يسـير[1] .

(جـ) حدد البعض الثلث فأكثر ، وحـدد البعض السدس فأكثر فهذه النسب يكون معها الغبن فاحشا اذا زاد الثمن أو نقص عنها[2] .

* * *

● **أثر الغبن على العقود والتصرفات :**

١ ـ عقود تتأثر بالغبن ـ ولو يسير ـ وهى عقـود المدين الذى استغرقت الديون جميع أمواله ، وعقود المريض مرض الموت اذا كانت تركته مسـتغرقة بالديون فلا تصح عقودهم الا اذا أجازها الدائنـون والا بطلت .

٢ ـ عقود لا تتأثر الا بالغبن الفاحش وهى العقود الواردة على مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المـال ومال اليتيم ومال المحجور عليـه لسـفه أو جنـون .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هـذه العقود :

ـ فذهب رأى الى أنها فاسـدة ويزول الفسـاد بتكملة القيمة الحقيقية والا بطلت .

---

(١) البدائع جـ ٦ ص ٣٠ ، حاشـية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٩ ، البحر جـ ٧ ص ١٦٩ ، وقد أخـذت بهذه التقديرات مجلة الأحكـام العدليـة فى المـادة ١٦٥ .

(٢) الحطاب جـ ٤ ص ٤٧١ وما بعدها .

ـ وذهب رأى الى ثبوت الخيـــار للمتعاقد المغبون اما الفسخ أو دفع فرق القيمة ، والقول بالخيـــار مذهب الحنابلة والظاهرية ورواية عن المـــالكية[1] . أما بقيـــة العقـــود التى يقع فيها غبن فاحش فذهب البعض الى بطلانها لمـــا فيها من اضـــاعة المـــال واتلافه .

ـ وهناك رأى بلزومها ولا أثر للغبن الفاحش فيها لأن التصرف مع الغبن تجارة عن تراض وهـــو مذهب جمهور الفقهـــاء[2] اذا كان المتعاقد فردا بالغا رشـــيدا .

ـ وذهب رأى ثالث الى اعطاء المتعاقد المغبون حـــق الخيـــار ، والقائلون بذلك هم الحنابلة[3] وابن حزم وبعض فقهاء المـــالكية .

٣ ـ أما الغبن الفاحش مع التغرير فيرتب الحـــق فى الفسخ مطلقا لأن الغبن كان نتيجة تضليل المغبـــون وكان رضاه على أســـاس عـــدم الغبن .

* * *

الغبـــن والاســـــتغلال فى القانـــون وفقهــــه

● **تعـريف :**

الغبن هو عـــدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخـــذه وهـــو بذلك يعتبر المظهر المـــادى للاستغلال ، ولكنه يتميز عنه بما يأتى :

١ ـ أن الغبن لا يتصـــور فى عقود التبرع اذ لا محل فيها لعـــدم

---

(١) المحلى جـ ٨ ص ٤٣٩ .

(٢) بهذا اخـــذت مجـــلة الأحكام العدليـــة فى المـــادة ٣٦٥ بشرط انتفاء التغرير وقـــد عرفته المـــادة ١٦٤ منها ، انظر تفســـير القرطبى جـ ٥ ص ١٥٢ ـ التغرير هو أن يجعـــل العـــاقد فى حال يعتقد معها انه اخـــذ الشىء بقيمته والحنفية غير ذلك ولا أثر له فى العقود الا اذا ترتب عليـــه غبن ـ انظر محمد أبو زهرة ، الملكيـــة ونظرية العقد ص ٤٦١

(٣) وقد اثبت الحنابلة الخيـــار للمغبون فى تلقى الركبـــان والنجشى وعقـــود المسترســـل ، الشرح الكبير جـ ٤ ص ٧٧ .

التعادل بين ما يعطى وما يؤخـذ ، وكذلك عقود المعاوضـة الاحتمالية لأن طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين .

٢ ـ أن الغبن يقـدر وقت تمـام العقـد ولا عبرة بتغير القيـم بعـد ذلك[1] .

٣ ـ أن الغبن يقاس بمعيـار مادى أى التفاوت فى القيمة بحسب سـعر السـوق ، أما الاستغلال فهو أمر نفسى يقـوم على المعيـار الشخصى لا المـادى ومن ثم فالغبن عيب فى العقـد ، والاستغلال عيب فى الارادة .

ولقـد تطور الغبن من نظرية مادية للغبن الى نظـرية نفسـية للاستغلال على المذاهب الاقتصادية والاجتماعية ، ففى المذاهب الفردية وما تقوم عليـه من سـيطرة مبدأ سـلطان الارادة لا يقيم القـانون للغبن وزنا الا فى أحوال معينـة ، ثم تحت ظهور المذاهب الاشتراكيـة أخـذت النظرية المـادية للغبن تتطور فى القوانين الحديثـة الى نظرية نفسـية للاسـتغلال بوصـفه عيبا من عيـوب الارادة وأصبح المعيار فى نظرية الاسـتغلال معيـارا شخصيا فالعبرة بقيمة الشىء فى اعتبـار المتعاقـد .

* * *

● **شروط الاسـتغلال :**

لقد أخذ القانون المدنى المصرى بفكرة الاستغلال مع الابقاء على بعض حالات الغبن المـادى فى نصوص متفرقة .

فتنص المـادة (١٢٩) مدنى مصرى على أنه :

« ١ ـ اذا كانت التزامات أحـد المتعاقدين لا تتعادل ألبتـة مع

---

(١) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ص ١٧٢ وما بعدها ، د. عبد المنعم الصـدة ، نظرية الاستغلال فى القانون المصرى فقرة ٧٢ ... رسـالة ط ١٩٥٧ .

ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد .

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن »[1] .

ونصت المادة (١٣٠) مدني مصري على أنه :

« يراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة »[2]

ويتبين من هذه النصوص أنه يشترط لقيام الاستغلال ثلاثة شروط هي :

١ — اختلال التعادل اختلالا فادحا .

٢ — أن يكون هناك استغلال لضعف بين في المتعاقد المغبون .

٣ — أن يكون الاستغلال هو الذي دفع المتعاقد المغبون الى التعاقد .

الشرط الأول — اختلاف التعادل بين طرفي العقد اختلالا فادحا :

وهو ما يعبر عنه في الفقه القانوني بالعنصر المادي للاستغلال ، فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي ولكن هذا المعيار ليس

---

(١) يقابل هذا النص مادة ١٢٩ ليبي ، مادة ١٣٠ سوري ، مادة ١٢٥ عراقي ، مادة ١١٥ سوداني ، مادة ٢١٤ لبناني ، مادة ١٢٦ كويتي ، مادة ٦٠ ، ٦١ تونسي .

(٢) يقابل هذا النص مادة ١٣١ ليبي ، مادة ١٣٢ سوري ، مادة ١٢٦ ، ١٢٩ عراقي ، مادة ١١٧ سوداني ، مادة ١٨٨ لبناني ، مادة ١٣١ كويتي ، مادة ٦٦ تونسي .

رقما ثابتا بل هو معيار متغير تبعا للظروف فى كل حالة ، وهذا لا ينافى أن اختلال التعادل لا ينظر فيه الى القيمة المادية للشىء وانما يعتد بقيمته الشخصية أى بما يساويه فى اعتبار المتعاقد .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحا فى عقود المعاوضة المحددة ، لأن العاقد فى هذه العقود يعرف وقت التعاقد على وجه محدد مقدار ما يعطى ومقدار ما يأخذ . ولكنه يصح أن يقع الاختلال أيضا فى العقود الاحتمالية[1] وذلك على الرغم من أنها تقوم على احتمال الكسب والخسارة وذلك حين يكون الاختلال فادحا بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة .

بل ان هذا الاختلال يقع فى التبرعات ، بل انه قد يكون أشد وطأة وتحققا فيما لا تعادل فيه[2] . ولذلك فان تقدير العنصر المادى فى التبرعات ينظر فيه الى مقدار التبرع بالنسبة الى ثروة المتصرف والى ما يعتاد التبرع به فى مثل ظروف المتبرع[3] .

الشرط الثانى ــ استغلال ضعف معين فى المتعاقد المغبون :

وهذا ما يعبر عنه بالعنصر النفسى للاستغلال وحالات الضعف التى تستغل فى المتعاقد المغبون نصت عليها المادة (١٢٩/١) مدنى مصرى وهى :

الطيش البين والهوى الجامح وذلك لتضييق دائرة الاستغلال وخشية التحكم ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره .

---

(١) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق فقرة ٢٢٠ .

(٢) د. السنهورى ، الوسيط ص ٣٩٦ ، والمادة (٣/١٢٩ مدنى) تفيد وقوع الاستغلال ضمنا فى التبرعات ، انظر د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٢٦٧ ، مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩١ .

(٣) د. عبد الحى حجازى جـ ٢ ص ٣١٦ ، د. توفيق حسن فرج ، الاستغلال ... رسالة ، فقرة ٩٤ ــ ١٠٢

ويمكن القول بأن الطيش البين هو الخفة الزائدة التى تؤدى الى التسرع وسوء التقدير[1] . وأن الهوى الجامح هو الرغبة الشديدة التى تعمى الشخص عن تبين ما هو فى صالحه[2] .

وفى أحكام القضاء أمثلة بارزة على ذلك .

الشرط الثالث ـ ان يكون الاستغلال هو الدافع الى التعاقد :

والمعيار هنا معيار ذاتى أو نفسى اذ يجب أن يكون الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون الى ابرام التصرف ، والمغبون بذلك يكون واقعا تحت تأثير هذا الاستغلال ومن ثم تكون ارادته معيبة ويصبح العقد قابلا للابطال ، وتحقيق هذا الشرط مسألة واقع لا قانون فلا تعقيب عليها من محكمة النقض .

* * *

● **أثر الاستغلال فى القانون :**

اذا توافرت شروط الاستغلال السالفة الذكر جاز للقاضى بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . وفى الحالتين يجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد والا كانت غير مقبولة .

ويجوز للمستغل فى عقود المعاوضة أن يتوقى دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن والمسألة مرجعها فيما يدفع الى تقدير القاضى فى ضوء الظروف .

واذا طلب المتعاقد المغبون الانقاص فلا يصح للقاضى أن يحكم بالابطال لأنه لو فعل ذلك فانه يحكم بأكثر مما طلب منه وهو ما لا

---

(١) د. حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ١٩٤ ، د. عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص ٢٦٩ .

(٢) نقض مدنى جلسة ١٩٦٧/٥/١١ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ٩٧٤ ، وجلسة ١٩٦٩/٤/١ ، المرجع السابق السنة ٢٠ ص ٥٥٦ .

يجـوز كما لا يجوز للقاضى بدل أن ينقص التزامات المغبون أن يرفع التزامات الطرف المسـتغل ، والا خـالف نص المـادة (١/١٢٩) مدنى مصرى .

والانقاص كالابطال يجوز فى التبرعات فيجـوز للقاضى أن ينقص التزامات المتبرع المغبون الى الحد الذى يراه ملائما .

* * *

● **حالات الغبن المـادية فى القانون :**

أراد القانون أن يوفر حماية للطرف المغبون على أسـاس محدد وبطريقة سـهلة فى الاثبات ، فأخذ بفكرة الغبن المـادى أيضا فى بعض نصوصه هى :

ـ م ٤٢٥ مدنى مصرى وهى خاصـة ببيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيـه الأهلية بغبن يزيد على الخمس .

ـ م ٨٤٥ مدنى مصرى وهى خاصة بالغبن فى القسمة اذا زاد على خمس القيمة .

ـ م ٢/٧٠٩ مدنى مصرى وهى خاصـة بأجر الوكيل وتقـدير القاضى له .

ـ م ١/٥١٥ مدنى مصرى وهى خاصة ببطلان عقـد الشركة اذا اتفق فيـه على أن أحـد الشركاء لا يسـاهم فى أرباح الشركة أو فى خسـائرها .

ـ م ٢٢٧[1] مدنى مصرى وهى خاصـة بزيادة سـعر الفـائدة على ٧٪ .

* * *

تحليـل وموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون وفقهه

على حـد علمى فان مصطلح « الاستغلال » لم يشتهر فى الفقـه الاسـلامى ولعل فى الغبن ما يقلل كثيرا من استعمال هذا المصطلح فى

---

(١) يقابل هذا النص مادة ٢٣٠ ليبى (أقصى سـعر للفائدة ١٠٪) ، ومادة ٢٢٨ سورى (أقصى سعر للفائدة ٩٪) ، ومادة ١٧٢ عراقى .

الفقه الاسـلامى ، فالفقه الاسـلامى على اختلاف مذاهبـه واتجاهاتها فى مسـألة الغبن التى نوجزها فيما يلى :

ـ اتجاه يعتد بالغبن المطلق أو مجرد الغبن •
ـ اتجاه لا يعتد بالغبن لأن التصرف مع الغبن تجارة عن تراض •
ـ اتجاه يعتد بالغبن اذا صاحبه تغرير •

وهذه الاتجاهات فى المذاهب الفقهية تتسـع لفكرة الاسـتغلال فى القانون بعنصريها المـادى والمعنوى ، وبعبارة أخـرى من خـلال معالجة كل عنصر من عناصر الاستغلال ، فالعنصر المـادى للاسـتغلال والمتمثل فى عـدم التعادل أو الخلل الفادح يعالجه الاتجـاه الثـالث ، والأول فى الفقه الاسـلامى ، والعنصر النفسى للاسـتغلال والمتمثل فى استغلال ضعف معين يمثل له بالطيش البين والهوى الجامح والحاجة فى القانون المدنى المصرى يعالج من خلال مسـائل كثيرة فى الفقه كالسفيه وحالات الحجر عليـه أو من خلال بيع المضطر فى الفقه الاسلامى أو من خلال الولاية أو الوصاية على اليتيم والصغير •

ومن ذلك نخلص الى أن الفقهـاء المسـلمين عالجـوا مسـائل الاستغلال من خـلال الغبن مع التغرير أو الغبن المجـرد أو الضرورة أو حالات السـفه والعته والصغر باعتبـار أن الغبن فى الفقه الاسلامى يقوم على اعتبارات موضوعية أقرب الى المرونة باتخاذ العرف والعـادة والخبرة أسـاسا للتقدير أحيانا ومن ثم أقرب الى العدالة واسـتقرار المعاملات بين الناس لسهولة الاثبات ، هـذا فضـلا عن اختلاف جزاء الاستغلال فى القانون عن جزاء الغبن المصحوب بتغرير أو الغبن المطلق أو القائم على أسـاس عـدم الخبرة •

* * *

الفصل الثانى

شروط العقـــود وأقسامها

المبحـــث الأول

شروط العقـــود

قبل ذكر أقسام العقود نورد فى ايجاز شروط العقد لتلازمها مع أقسام العقـود .

● **معنى الشرط :**

الشرط فى الاصطلاح هو ما يتوقف وجود الحكم على وجـوده وجودا شرعيـا بأن يوجد الحكم عنده لا به ويكون خارجا عن المـاهية ويلزم من عدمه عدم الحكم[1] .

فكل شرط لشىء لا يتحقق ذلك الشىء ولا يوجد الا اذا وجد أو تحقق ذلك الشرط ، وبذلك يتفق مع الركن ، وان كان الركن جزءا من حقيقة الشىء وداخلا فيه ، بينما الشرط خارج عن ماهية الشىء وحقيقته وليس جزءا منه .

وينقسم الشرط الى أقسام كثيرة يهمنا منها ــ ونحن بصدد العقد ــ أنواع الشرط باعتبار مصدره وهو نوعان :

النوع الأول ــ شرط شرعى :

وهو ما كان مصدر اشتراطه الشارع ــ وبعبارة أخرى : هو الذى يفرضه المشرع ــ ومن ثم فلا بد منه لتحقق العقد كبلوغ سن الرشـد

(١) راجع : محمد زكريا البرديسى ، أصول الفقه ص ١٠٧ طبعة ٢ سنة ١٩٨١ ، ١٩٦١ م ، راجع أيضا ابن عابدين ج ٥ ص ٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، مباحث الحكم عند الأصوليين ، محمد سلام مدكور.

فى تسليم مال اليتيم اليه وغير ذلك من الشروط التى اشترطها الشارع الحكيم فى جميع العقود والتصرفات .

النوع الثانى ـ شرط جعلى :

وهو ما كان مصدر اشتراطه المكلف أو العاقد ليحقق له رغبه وقصدا خاصا فى العقد فيجعل العقد مقترنا به أو معلقا عليه والأصل فيما يشترطه المتعاقدان الاباحة لا الحظر [1] .

الا أنه يجب ألا يكون الشرط منافيا لحكم العقد أو التصرف فان نافى حكم العقد بطل [2] .

* * *

وتنقسم شروط العقد أيضا الى شروط انعقاد وشروط صحة وشروط نفاذ وشروط لزوم نجملها فيما يلى :

اولا ـ شروط انعقاد العقد :

وقد سبق الحديث عنها تفصيلا بمناسبة كل ركن من أركان العقد ونجملها فيما يلى :

١ ـ فيما يتعلق باهلية العاقدين :

يشترط أن يكون العاقد أهلا للتعاقد أى مميزا يعى ما يقول ويقصد أثره المترتب عليه [3] ، وهى ما يسمى فى اصطلاح الفقهاء أهلية الأداء[4] وهى المقصودة هنا باعتبارها أثرا من آثار العقل والتمييز

---

(١) د. محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ص ٥١٣

(٢) محمد زكريا البرديسى ، المرجع السابق ص ١١٠

(٣) ويترتب على ذلك انتفاء عوارض الأهلية وعيوب الرضا كالجنون والعته والسفه والغفلة والسكر والاكراه والدين ومرض الموت على نحو ما سبق سرده تفصيلا .

(٤) ويقابلها أهلية الوجوب ، راجع شرح المنار لابن ملك ص ٩٣٠ ـ ٩٣٦ ـ وكشف الأسرار على البزدوى جـ ٤ ص ١٣٥٧ ، ١٣٢٨ ، التلويح والتوضيح جـ ٣ ص ١٥٢

ومن ثم لا يتصف بها الا من له حق التصرف . وعقود وتصرفات الصبى المميز يختلف حكمها باختلاف حاله وباختلاف هذه العقود والتصرفات .

٢ – توافق الايجاب والقبول :

يتعين توافق الايجاب مع القبول وتلاقيهما فى جميع الجزئيات ، سواء أكان ذلك بصورة حقيقية أو ضمنية[١] .

فبتوافق الايجاب والقبول يتوافر الرضا بالعقد بين طرفيه فاذا كان الاختلاف لا يضر بالآخر من أى وجه انعقد العقد [٢] .

وما يترتب على ذلك من انتفاء عيوب الارادة عن الغلط والغبن والتدليس والاكراه .

٣ – أن يكون محل العقد قابلا لحكم العقد شرعا (شرعية المحل) :

محل العقد هو ما كان التعاقد واقعا عليه (المعقود عليه) وقد يكون مالا أو منفعة أو عملا . ويرد على كل منها كثير من العقود بعوض أو بغير عوض . والعقد الوارد على المنافع قد يرد عليها لتمليكها فى الحال بلا عوض وهو ما يسمى اعارة ، أو لتمليكها بعد الموت بلا عوض ويسمى وصية بالمنفعة ومن ثم يشترط ملكية العاقد للمحل وأن يكون مالا متقوما معينا أو قابلا للتعين .

ويشترط فى محل العقد أيا كان نوعه أن يكون قابلا لحكم العقد شرعا بمعنى ألا يكون الشارع قد نهى عن أن يكون محلا للعقد حتى يترتب عليه أثره الشرعى[٣] وأن يكون قابلا للتعامل فيه .

---

(١) الدر المختار حاشـية ابن عابدين عليه جـ ٣ ص ٢٠ – ٢٢ و جـ ٤ ص ٦ ، ١٩ بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٦ ، جـ ٦ ص ١٣٦ ، جـ ٧ ص ١٣٦ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧ ، ٨٠ .

(٢) ولذا فى عقود التبرعات لو وهب شخص لآخر مبلغا معينا فقبل أقل منه انعقد العقد عند الشـافعى ، يراجع نهاية المحتاج جـ ٦ كتـاب الوصـية .

(٣) راجع المغنى جـ ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٦٤ ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٤٤ وما بعدها ، الهداية جـ ٣ ص ٣٦ .

٤ ــ عبر عنــه البعض(١) باتصــال الايجــاب والقبــول :

ويتحقق ذلك اذا علم كل عاقــد بما صــدر من صــاحبه اذا كانــا مجتمعين وأن يصدر (الايجاب والقبول) فى مجلس واحد دون أن يفصل بينهما ما يدل على اعراض من أحد العاقدين عما صدر من ايجاب مع ملاحظة أن اشتراط اتحاد المجلس لا يدخل فيه بعض العقود كالوصية والايصاء والوكالة وتولى عاقد واحد العقد •

وتخلف أحد الشرائط السابقة يترتب عليه بطلان العقد وعدم ترتب حكمه الشرعى عليه •

ثانيا ــ شروط صحة العقد :

خلو العقد من الربا ومن الشروط الفاسدة ، ويشترط الرضا التام من المتعاقدين على التفصيل الســابق ذكره بشأن الرضا اذ يعتبره البعض ركنا وخلو المحــل من الجهالة والغرر وألا يكــون مفضيا للتنــازع والخــلاف •

ثالثا ــ شروط نفاذ العقد :

عدم تعلق حق الغير بالمعقود عليه وهو ما سبق تفصيله فى تصرفات المدين والمريض مرض الموت •

وأن يملك العاقــد التصرف كأن يكــون بالوكــالة أو وصــيا أو ولــيا(٢) •

وشروط النفاذ وصف للعقد الصحيح ولا يوجد هــذا الوصف الا بعد استيفاء شروط الانعقاد والصحة •

---

(١) على الخفيف ، المرجع الســابق ص ٦٩ وما بعدهــا ، محمد ابو زهرة المرجع السابق ص ٢٠٤ وما بعدها .

(٢) انظر البدائع جـ ٥ ص ١٤٨ ، البحر الرائق لابن نجيم جـ ٥ ص ٢٨١ ، المــادة ٢٦١ من مرشــد الحيران والمــادة ٣٦٥ من مجلــة الأحكام العدليــة .

رابعا — شروط لزوم العقد :

خلو العقد من الخيارات وألا يقبل العقـد الفسخ بارادة منفردة ومعنى الخيار هو طلب خير الأمرين منهما •

فمن له الخيار فى البيع مثلا مخير بين فسخ العقد وامضائه بعد التروى وامعان النظر فيه •

* * *

● **اهم الخيـارات :**

خيار المجلس وخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب • ولسبق الحديث عن خيار المجلس فسنقصر الحديث عن غيره مما ذكر من الخيارات بايجاز على النحو التـالى :

١ — خيار الشرط :

وهو أن يشترط أحد المتعاقدين أن يكون له حق خيار فسخ العقد فى مدة معينة يتراضى عليها الطرفان •

ويثبت خيار الشرط لكل من طرفى العقد ولكليهما أو لأجنبى عن العقد اذا اشترطه له أحد العاقدين ومن ثم يستمد هذا الأجنبى ولايته فى الفسخ ممن اشترط له هـذا الخيار •

— أثر خيـار الشرط :

القاعدة فى أثر خيار الشرط أن خيار من له الخيار يمنع من خروج بدله عن ملكه •

فاذا كان الخيار للبائع — مثلا — لم يخرج المبيع عن ملكه لأن رضاه مع شرط الخيار غير تام ومن ثم فليس للمشترى أن يتصرف فى المبيع لأنه لا يزال على ملك صاحبه والتصرف فى ملك الغير بغير اذنه باطل •

أما البائع فله التصرف فى المبيع ويعتبر تصرفه اختيارا منه لفسخ العقد الذى اشترط فيه الخيار •

وعلى ذلك اذا أذن البائع للمشترى فى قبض المبيع فهلك فى يده وجب عليه ضمان قيمته لا الثمن لأنه كالمقبوض على سـوم الشراء اذا هلك ضمن بقيمته .

أما اذا كان الخيار للمشترى خرج المبيع عن ملك البائع فلا تنفذ تصرفاته فيه ، أما دخوله فى ملك المشترى فمحل خلاف بين الفقهاء .

فعند أبى حنيفة لا يدخل فى ملك المشترى حتى لا يجتمع فى ملكه البدلان ــ الثمن والمبيع ــ وانما يكون ملك المبيع موقوفا الى انتهاء مدة الخيار حتى يتبين دخوله فى ملك المشـترى من وقت العقـد ان أسقط خياره ، أو تبين بقاؤه على ملك البائع ان فسخ المبيع .

وعند أبو يوسف ومحمد أن المبيع يدخل فى ملك المشـترى من وقت البيع أى من متى خرج عن مالك البائع .

أما اذا كان الخيار لطرفى العقـد معا فلا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشترى ، ومن ثم لا ينفذ تصرف أحدهما فى بدل الآخر حتى انتهاء مدة الخيار .

وهكذا الحال بالنسبة للثمن .

واذا كان الخيار لأجنبى عن العقد فكما سبق ، فان الأجنبى يكون وكيلا عمن اشترط له الخيار وأيهما أجاز تم العقد وأيهما فسخ انفسخ العقد متى توافق رأيهما ، فان اختلفا (المشترط والأجنبى) بأن أجـاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر قول السـابق منهما ولو خرج الكلامان معا فمن الفقهاء (الحنفية والحنابلة) من يقدم رأى الأصيل المشترط لأن الأجنبى يعتبر وكيلا وللموكل أن يتصرف فيما وكل به غيره ويعتبر تصرفه عزلا منه للوكيل ، ومن الفقهاء (الشافعية والمـالكية) من قدم رأى الأجنبى لسقوط حق الأصيل فى اختيار الفسخ والامضاء للعقد وانتقاله للأجنبى باشتراطه له .

٢ ـ خيـار الرؤية :

اذا بيع الغائب على الصفة ثبت للمشترى عند رؤيته حق اختيار فسخ البيع أو امضائه •

ويرى الحنفية أن خيار الرؤية يثبت للمشترى وان جاء المبيع مطابقا للوصف دفعا للضرر ، خلافا للمالكية الذين يرون أن خيار الرؤية انمـا يثبت فقط عند مخالفة المبيع للأوصاف التى وصف بها ، أما اذا كان مطابقا للمواصفات فلا خيار للمشترى لتحقق الرضا فى هذه الحالة •

وعلى ذلك فخيار الرؤية يثبت للمشترى دون البائع لمـا روى أن عثمان بن عفان باع أرضا له بالكوفة من طلحة بن عبد الله ، فقيل لعثمان: غبنت ، فقال : لى الخيار فانى بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة : غبنت ، فقال : لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره • فاحتكما الى جبير بن مطعم فحكم بالخيار لطلحة وذلك بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد فدل ذلك على اجماعهم على ذلك •

وتتحقـق رؤية المبيع بالعلم بما قصـد منه والمرجع فى ذلك الى العـرف •

وخيار الرؤية معلق بالرؤية[1] ومن ثم فلا يثبت قبلها وبالتـالى لا يجوز التنازل عنه قبل ثبوته ، أما اذا اختار المشترى برد المبيع قبـل رؤيته فله ذلك لعدم لزوم البيع قبل الرؤية ومن ثم فللمشترى الفسخ متى شـاء •

ويبطل خيار الرؤية بتعيب المبيع فى يد المشترى ، أو تعذر رده ، أو تصرفه فى المبيع تصرفا لازما لا يمكن رفعه ، أو موت المشترى • فخيار الرؤية لا يورث عند الحنفية وخالفهم فى ذلك بعض الفقهاء •

---

(١) وذلك لحديث الرسول ﷺ : « من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ، ان شاء أخذه وان شاء تركه » •

٣ ـ خيار العيب :

هو حق المشترى فى فسخ العقد بسبب العيب فى المبيع لم يعلم به حين العقد ولا حين القبض ولم يكن البائع قد اشترط عليه البراءة من العيوب •

والعيب هو كل ما أوجب نقصان قيمة المبيع فى عرف التجار أو يفوت به على المشترى غرض صحيح من العقد وان لم تنقص قيمة المبيع •

ويشترط تحقق وجود العيب عند البائع لكى يتمكن المشترى من الرد بالعيب ، كما يشترط فى الرد بالعيب أن لا يحدث بالمبيع ما يمنع من الرد والا سقط حق المشترى فى الرد وفى هذه الحال قد يرجع على البائع بقيمة النقصان تعويضا له ، وقد يمتنع الرجوع بالنقصان ، فاذا تعذر رد المبيع الذى ظهر فيه العيب رجع بقيمة النقصان ، بأن يقوم المبيع سليما ومعيبا ويرجع بالفرق بين القيمتين وهو مذهب الحنفية،أما الشافعية فيرون رد المبيع على بائعه مطلقا ولو كانت له قيمة بعد الكسر ، اذا كسره فوجده معيبا كالبيض المذر والمعلبات الفاسدة لأن المشترى مسلط على هذا الكسر من البائع فلم يوجد منه ما يمنع من الرد بالعيب •

أما اذا باع المشترى ما اشتراه أو أتلفه ثم علم أنه كان معيبا فليس له حق الرجوع على البائع بقيمة النقصان لأن تعذر الرد انما بفعل مضمون من المشترى •

أما اذا باع ما اشتراه ثم رد عليه بالعيب بقضاء القاضى فللمشترى أن يرد على البائع الأول لأن قضاء القاضى فسخ من الأصل فكأن العقد الثانى لم يكن ، وذلك على خلاف الرد بالتراضى الذى يعتبر اقالة من البائع الثانى فى هذه الحالة وهى بيع فى حق البائع الأول فلا يرد عليه المبيع بالعيب لخروج المبيع عن ملك المشترى وهو مانع من الرد بالعيب•

ويسقط الرد بخيار العيب برضاء المشترى به صراحة أو دلالة ، وينقل خيار العيب الى الورثة بموت المشترى كما يسقط بالتأخير فى

الرد عند الشافعية والمـالكية متى تمكن منه المشترى ولم يكن هناك عذر مانع من الرد

***

● **اشتراط البراءة من العيوب :**

اشتراط البائع على المشترى البراءة من العيوب يسقط حق المشترى فى الرد بخيار العيب عند الحنفية سواء علم البائع بالعيب أو لم يعلم .

أما المـالكية فيفرقون بين حالة علم البائع بوجود العيب فى المبيع وكتمه عن المشترى ، وهنا لا يصح اشتراط البراءة من العيوب للتدليس، أما اذا كان البائع لا يعلم بوجود العيب فى المبيع فالشرط حينئذ يكون صحيحا ولا يحق للمشترى الرد بما يظهر من العيب ، ولا شك عندنا فى رجحان مذهب المـالكية لمـا روى أن ابن عمر باع عبدا من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد به عيبا فترافعا الى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : أتحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا ، فرده عليه .

***

● **مدى حرية المتعاقدين فى اشتراط الشروط :**

لا خلاف بين الفقهاء فى أن العاقد ليس له مطلق الحرية فى اشتراط الشروط اذ لا يجوز شرعا اشتراط شروطا تخالف الشرع أو مقتضى العقد ، فكل شرط أحل حراما أو حرم حلالا فهو باطل بالاجماع .

ولا خلاف بين الفقهاء فى شرعية الشروط التى ورد بها الكتـاب والسنة كاشتراط الخيار والتوفيق من رهن وكفالة وكتابة واشهاد [1] .

---

(١) يراجع فى تفصيل ذلك : المبسوط جـ١٢ ص١٤ ط مطبعة السعادة مصر ١٣٣١ هـ ، بلغة السالك جـ ٢ ص ٤٣٨ ، الأم جـ ٣ ص ١٢٩ ، ١٣٦، ١٣٧ ، ١٥٥ ، ٢٧٥ ط دار الشعب ، المجموع جـ ٩ ص ٣٦٤ ، المغنى لابن قدامة جـ ٣ ص ٤٤٩ ، المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٠٣ ط دار الاتحاد العربى للطباعة بالقاهرة ١٣٨٩ هـ ، د. حسن الشاذلى ــ نظرية الشرط فى الفقه الاسـلامى ص ١٥٧ وما بعدها ، رسـالة دكتوراة كلية الشريعة والقانون ، د. عبد المحسن سعد ــ الشرط الجزائى فى العقود بين الشريعة والقانون ص ٥٩٨ ، رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ١٩٨٤ .

وقد اختلف الفقهاء فى ضابط الشروط الصحيحة والمقصود بهـا وضابط الشروط الباطلة والمقصود بها على النحو التالى :

١ ــ المذهب الحنفى :

أولا ــ الشروط الصحيحة عند الحنفية :

قسم الأحناف الشروط الصحيحة الى أربعة أنواع هى :

(أ) شرط مقتضى العقد بأن يكون محققا لأثر من آثار العقد وهى فى الواقع لا تضيف شيئا جديدا الى العقد كاشتراط تسليم المبيع أو رده بالعيب .

(ب) شرط ملائم للعقـد وهو تأكيد لمـا يجب بالعقد وتوثيق له كاشتراط رهن بالثمن أو كفالة .

(جـ) شرط ورد الشرع بجوازه وان لم يكن من مقتضى العقد أو ملائما له كاشتراط الخيار لمدة معينة .

(د) شرط جرى به العرف وان لم يندرج تحت حالة من الحالات السابقة لأن فى الخروج عن العادة حرج بين ولأن التعـاون والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر[1] .

وحكم هـذه الأنواع الأربعة من الشروط وجوب الوفاء بها واذا لم تتحقق يكون للمشترط حق الخيـار .

ثانيا ــ الشروط الفاسـدة عند الأحناف :

ضابطها أن كل شرط يؤدى الى مفسدة كالربا أو الى منازعة فهو شرط فاسـد وفى ذلك يقول ابن عابدين : « ضابط فساد البيع بشرط :

---

(١) ابن عابدين ــ رسالة نشر العرف ضمن مجموعة رسائله جـ ٢ ص ١٤١ وما بعدها ط الآستانة ١٣٢٥ هـ ، البحر الرائق جـ ٦ ص ٩٣ ط دار المعرفة ببيروت .

أنه كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق ولم يجر به العرف ولم يرد الشرع بجوازه ... فلا بد فى كون الشرط مفسدا للبيع من هـذه الشرائط الخمسة »[1] .

ويضيف الميرغينانى ضابط أنه يقـع بسببه المنازعة فيعرى العقد من مقصوده الا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس[2] .

وحكم الشروط الفاسـدة يختلف باختلاف طبيعة العقد :

ففى عقود المعاوضات المـالية اذا قارنتها شروط فاسدة فانها تفسد بفسـاد الشرط .

أما عقود المعاوضات غير المـالية كالنكاح والخلع وكذلك التبرعات كالهبة والقرض والكفالة والحوالة والعارية والرهن والوصية ونحوها فان الشروط الفاسدة اذا قارنتها تلغو الشروط الفاسدة ويبقى العقـد صحيحا ، والسبب فى هذه التفرقة بين العقود اذا قارنتها الشروط الفاسدة هو الربا اذ يتحقق فى المعاوضات المـالية دون التصرفات غير المـالية اذ الشروط الفاسـدة من باب الربا وهو مختص بالمعاوضـات المـالية دون غيرها حينما يكون اشتراط المنفعة لأهل الاستحقاق [3] ، هـذا بالاضـافة الى التعليلات الأخـرى التى قال بها الحنفيـة فى الشروط الفاسـدة .

ثالثا ـ الشروط الباطلة عند الحنفية :

وضابطها أنه ينتفى فيها أحد حالات الشروط السابقة صحيحة أو فاسدة فهى ليست من مقتضى العقد ولا تلائمه ولا يجيزها نص شرعى ولا عرف وليس فيها منفعة لأهل الاستحقاق .

---

(١) نشر العرف ، المرجع السابق ، ومنحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين جـ ٦ ص ٩٣ ط دار المعرفة ببيروت .

(٢) الهداية مع فتح القـدير جـ ٥ ص ٢١٥ ط المطبعـة الأميرية بالقاهرة ١٣١٦ هـ .

(٣) البحر الرائق جـ ٦ ص ١٩٤ .

وحكمها أنه لا أثر لها فى العقد أيا كان نوعه فيكون العقد صحيحا لأن مثل هذه الشروط الباطلة لا يؤدى الى منازعة أو خصام ، وفى رواية لأبى يوسف أن الشرط الباطل يبطل البيع به[1] .

٢ ــ **المذهب المالكى** : يقسم المالكية الشروط الى قسمين[2] :

اولا ــ الشروط الصحيحة :

وضابطها أنها لا تنافى مقتضى العقد سواء اقتضاها أم لا كالأجل والخيار والرهن والحميل .

ثانيا ــ الشروط الفاسدة :

وضابطها أنها تؤدى الى الاخلال بشرط من شروط صحة العقد كالغرر والجهل أو الربا أو الخيار لمدة مجهولة .

٣ ــ **عند الشافعية** : يمكن استخلاص تقسيم الشافعية للشروط الى ما يأتى :

١ ــ شرط مناف لمقتضى العقد بأن باعه شيئا بشرط ألا يبيعه أو لا ينتفع به أو لا يعتقه أو لا يقبضه أو لا يؤجره وما أشبه ذلك ، وفيها يبطل البيع لمنافاة مقتضاه وهذا هو المشهور الراجح فى المذهب .

٢ ــ شرط لا يقتضيه العقد لكن فيه مصلحة للعاقد كخيار الثلاث والأجل والضمين ومعه يصح العقد ويثبت المشروط .

---

(١) شرح العناية على الهداية للمرغينانى جـ ٥ ص ٢١٦ ، مرجع سابق .

(٢) فى تفصيل الشروط فى المذهب المالكى انظر : فتح العلى المالك جـ ١ ص ٣٣٨ ، الشيخ عليش جـ ١ ط مصطفى الحلبى بالقاهرة ١٣٧٨ هـ ، مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٣٧٦ ط مطبعة السعادة بمصر ١٣٢٩ هـ .

٣ ــ شرط لا ينافى العقد ولا يقتضيه ولا يتعلق به غرض يورث تنازعا كشرط ألا يأكل أو يلبس الا كذا ، ومثل هذا الشرط لا يفسد العقد بل يلغو ويصح العقد وهذا هو المذهب .

٤ ــ بيع العبد أو الأمة بشرط العتق والصحيح المشهور الذى نص عليه الشافعى وقطع به المصنف وأكثر الأصحاب : أن البيع صحيح والشرط لازم .

٥ ــ بيع الثمر قبل بدء الصلاح فيشترط فى صحة البيع شرط القطع ولو بيع من مالك الأصل وكذا الزرع الأخضر[1] .

٦ ــ الشروط الفاسدة فى النكاح ــ المذهب والمشهور : أن الشرط يلغو ويصح العقد .

٤ ــ عند الحنابلة : يمكن استخلاص أنواع منها وهى :

١ ــ شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة فى الثمن كتأجيله أو فى صفة فى المبيع نحو كون الدابة هملاجة أى سريعة فى السير وحسنة فيه وهذا الشرط صحيح بلا نزاع فان وفى به والا فلصاحبه الفسخ .

٢ ــ أن يشترط البائع نفعا معلوما فى البيع كسكنى الدار شهرا وهذا شرط صحيح وهو المعمول به فى المذهب .

٣ ــ شرط ينافى مقتضى العقد فهذا شرط باطل على الصحيح من المذهب الا ما استثنى وعليه الأصحاب ، أما بطلان البيع فعلى روايتين .

٤ ــ اشتراط عقد آخر كسلف أو قرض أو بيع والصحيح فى المذهب أنه باطل ويبطل البيع وفى رواية عن أحمد : يبطل الشرط وحده .

---

(١) يراجع فى تفصيل الشروط عند الشافعية : المجموع جـ ٩ ص ٣٦٩ ، فتح العزيز شرح الوجيز جـ ٨ ص ١٦٩ .

٥ ــ اشتراط شرطا يعلق البيع فلا يصح البيع وهو المذهب وعليه الأصحاب غير أن الحنـابلة أجـازوا بيـع العربون على الصـحيح من المذهب[١] .

٦ ــ أن النكاح يفســد بالشروط الفاسدة خلافا للشـافعية على نحو ما ســبق[٢] .

٧ ــ شرط هو من مقتضى العقـد وهذا لا يؤثر فى العقد .

***

● **هل الأصل فى الشروط الحظر الاباحة ؟**

اختلف الفقهاء فى ذلك على مذهبين هما :

١ ــ مذهب يقول : بأن الأصل فى الشروط الحظر الا ما ورد الشرع باجازته وفى مقدمتهم الظاهرية اذ صححوا ســبعة شروط وحكموا على ما عداها بالبطلان ، وبعض الفقهـاء المحدثين[٣] صرحوا بأن أصحاب المذاهب الأربعة ــ كلهم أو جمهورهم عـدا ابن تيمية وابن القيم ــ يذهبون الى أن الأصـل فى الشروط الحظر .

٢ ــ مذهب يقول : بأن الأصـل فى الشروط الاباحة والجواز وفى مقدمتهم شيخ الاســلام ابن تيمية وتلميـذه ابن القيم حيث يقــول ابن تيميــة :

« والذى يمكن ضبطه فيها ــ أى فى العقود والشروط ــ قولان :

---

(١) الانصاف للمرداوى جـ ٤ ص ٣٥٧ وما بعدها بتحقيق محمـد حامد الفقى ط مطبعة السنة المحمدية ســنة ١٣٧٥ هـ ، زاد المستقنع مع حاشــية الروض المربع جـ ٤ ص ٣٩٢ .

(٢) المغنى لابن قـدامة جـ ٦ ص ٦٤٧ ، اعــلام الموقعين جـ ٢ ص ٣٤٦ .

(٣) د. شوكت العدوى ، نظرية العقد ص ١٦٠ ، د. حســن الشــاذلى مرجع ســابق ص ٢٧٤ ، د. محمد ســلام مدكور ، المدخل للفقه الاســلامى ص ٦٤٧ ، د. السنهورى ، مصــادر الحــق جـ ٣ ص ١٧٤ .

أحدهما : أن يقال : الأصـــل فى العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر الا ما ورد الشرع باجازته فهذا قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول أبى حنيفة تبتنى على هذا ، وكثير من أصـــول الشـــافعى وطائفـــة من أصـــول أصحاب مالك وأحمد ، فان أحمد قد يعلل أحيانا بطلان العقد بكونه لم يرد فيه أثر ولا قياس .. »[1] .

وقال ابن القيم بعـــد أن ذكر أن الأصـــل عند الظاهرية فى العقود والشروط البطلان : « وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل فى العقود والشروط الصحة الا ما أبطله الشـــارع أو نهى عنه »[2] .

والذى يبدو لى رجحانه هو أن الأصل فى الشروط الاباحة والجواز والصحة وذلك للحجج الآتية :

١ ــ اذا كان الأصـــل عند جمهور الفقهاء فى العقود هو الاباحة والجواز الا ما نص الشـــارع على بطلانه فان الشروط التى هى قوام العقـــد يلزم أن تكون كذلك والا تعطلت الحكمة من القول بجواز واباحة العقود بحسب الأصـــل فى الغالب الأعم من المعاملات .

٢ ــ أن علماء الأصـــول يفرقون بين العبادات والمعـــاملات وأن الأصل فى العاديات ــ ومنها المعاملات ــ الاباحة ، وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة ، ولمـــا كانت الشروط من الأمور العـــادية فانها تدخل فى هذا الأصـــل[3] .

٣ ــ أن كثيرا من العلماء أجازوا الشروط التى جرى بها العرف ، والعرف يراد به العـــادة حيث تصـــح الشروط التى تجرى بها العـــادة ما دامت لا تدخل تحت حظر[4] .

---

(١) القواعد النورانية ص ١٨٤ ، مجموع الفتاوى جـ ٢٩ ص ١٢٦
(٢) اعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٤٤ .
(٣) الموافقات للشـــاطبى جـ ١ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥ .
(٤) انظر نهاية المحتـــاج شرح المنهـــاج جـ ٣ ص ٤٣٦ ــ ٤٣٨ ، ط مصطفى الحلبى مصر ١٣٨٦ هـ .

٤ ـ أن ما رواه أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط[١] (حديث ضعيف كما قال ابن القطان)[٢] وقال ابن القيم : « .. لا يعلم له اسناد صحيح مع مخالفته للسنة الصحيحة والقياس ولانعقاد الاجماع على خلافه .. فالأمة مجمعة على جواز اشتراط الرهن والكفيل والضمين والتأجيل والخيار ثلاثة أيام ونقد غير نقد البلد فهذا بيع وشرط متفق عليه »[٣] .

٥ ـ لقد عقد الامام البخارى فى صحيحه كتابا للشروط أورد فيه كثيرا من التطبيقات العملية للشروط التى حصلت فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم (صحيح البخارى مع الفتح ـ كتاب الشروط) .

* * *

● **مدى حرية العاقد فى اشتراط الشروط فى القانون :**

تفريعا على مبدأ سلطان الارادة يقوم مبدأ الحرية التعاقدية أو أن العقد شريعة المتعاقدين .

وقد سرت هذه الحرية فى القوانين الوضعية ابتداء من الشكلية فى القانون الرومانى الى أن صقلت وأصبحت مبدأ مستقرا فى القوانين الحديثة مع نبذ الغلو الذى هو من سمات المذهب الفردى وكذلك المذهب الاشتراكى وتحديد نطاق الارادة فى دائرة القانون الخاص والتوسع فى مفهوم النظام العام والآداب وتدخل القانون لحماية الطرف الضعيف فى كثير من العقود وبخاصة عقود الاذعان ، وفى هذا الصدد تنص المادة (١٤٧) مدنى مصرى على أن :

---

(١) قال الحافظ الزيلعى فى نصب الراية جـ ٥ ص ١٨ : رواه الطبرانى فى المعجم الوسيط .

(٢) نصب الراية جـ ٤ ص ١٨ .

(٣) اعلام الموقعين جـ ٢ ص ٣٤٧ ، وقد رد رحمه الله على أدلة المخالفين ، كذلك ابن تيمية المرجع السابق .

« العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون »[1] .

وتنص المادة (١٤٨) مدنى مصرى على أنه :

« ١ — يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع حسن النية .

٢ — ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما ورد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

***

(١) يقابل هذا النص مادة ١٤٧ ليبى ، مادة ١٤٩ سورى ، مادة ١٤٦ عراقى ، مادة ١٣٧ سودانى ، مادة ١٤٦ كويتى ، انظر ايضا الأعمال التحضيرية للمادة ١٤٧ مدنى مصرى ج ٢ ص ٢٧٩ وما بعدها .

المبحث الثانى

أقسام العقود

تنقسم العقود الى أقسام عديدة بحسب الجهة التى ينظر اليها •

أولا ــ تنقسم العقود من ناحية الصيغة الى ثلاثة أقسام

العقد المنجز ، والعقد المضاف الى المستقبل ، والعقد المعلق •

١ ــ العقد المنجز :

وهو ما ينعقد بصيغة تفيد وجوده ووجود حكمه فى الحال كالبيع والاجارة والقرض والرهن ، سواء أكانت الصيغة وحدها تكفى لانعقاد العقد أم كان لابد مع الصيغة من القبض كما فى عقود التبرعات ، وسواء أكان العقد مطلقا من أى قيد أو كان قد دخل على العقد شرط مقيد أو أن يكون العقد مؤبدا أو مؤقتا •

والأصل فى العقود أن يكون حكمها منجزا الا عقدى الوصية والايصاء ، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزا من غير استثناء[١]•

وصيغة التنجيز أهم صيغ العقد شمولا فهى الأصل •

٢ ــ العقد المضاف :

هو ما تدل صيغته على وجود العقد وانعقاده فى الحال الى المستقبل وسواء أكانت الصيغة مطلقة أو مقيدة بشرط[٢] • ومن العقود ما لا يكون الا مضافا كعقد الوصية فلا يظهر حكمه الا بعد وفاة الوصى ، ومنها

---

(١) محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٢٨ ، المعاملات الشرعية ــ على الخفيف ص ٢٥٦ ، المادة ٢٢٢ من مرشد الحيران •

(٢) انظر د. محمد سلام مدكور المدخل للفقه الاسلامى ص ٣٩٦ •

ما لا يقبل الاضافة وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيـان فى الحـال كالبيع والشركة ، وقد وضـع المتأخرون من الفقهاء قاعدة « كل ما أمكن تمليكه فى الحـال لا يصـح تعليقه على شرط ولا اضـافته الى زمن الا عقـدى الوصية والايصـاء » .

ومن العقود ما تصح فيه الاضافة والتنجيز حسب صيغته ورغبـة المتعاقدين وقصدهما كعقود تمليك المنافع المـالية كالاجارة والمزارعة .

٣ ــ العقد المعلق :

هو ما ترتب صيغة وجوده على وجود أمر آخر فى المسـتقبل ، فالتعليق هو ربط حصـول مضمون بحصول مضمون جملة أخرى . ولا بد لتحقيـق التعليـق من أن يكون المعلق عليـه أمرا مشروعـا مستقبلا محتمل الوقوع أو كان حصوله واجبا .

والعقد المعلق لا يوجد الا بعد وجـود الأمر المعلق عليـه ومن ثم فلا يعتبر حقيقة قبل وجود المعلق عليـه .

والتفرقة بين العقد المعلق والمضاف مذهب الحنفية[١] والمـالكية أما الشـافعية[٢] فلا يفرقون بينهما أو كلاهما ينعقد سببا فى الحال ، ولكن تتأخر الأحكام الى المستقبل .

وهناك من العقود ما لا يقبل التعليق مطلقا كعقود التمليك سـواء أكانت معاوضة أم تبرعا أو تمليك منفعة أو رقبة ، وكذلك عقود الزواج والخلع والرهن لا تقبل التعليق مطلقا . ومن العقود ما لا يقبل التعليق الا بالشرط الملائم والشرط المتعارف كالكفالة والحـوالة والاطـلاقات كالاذن للصبى بالتجارة .

---

(١) انظر المـادة ٢٢٣ من مرشد الحيران وما بعدها .

(٢) المجموع شرح المهذب جـ ٩ ص ٣٤٠ ، ومن رأى الشـافعية ابن تيمية فى الفتاوى جـ ٣ ص ٣٥٣ .

ويعتبر الشرط ملائمـا اذا كان شرطا للزوم الحـق كقولك : ان اسـتحق البيع فأنا الكفيـل بالثمن ، أو كان الشرط لامكان الاستيفاء أو لتعذر أو تعسر الاستيفاء كقولك : ان غاب زيد أو أفلس أو عجز عن أداء الدين فأنا الكفيل به .

وعلى ذلك فالشرط الملائم هو ما كان ملائما لمقتضى العقـد محققا أو معاونا على تحقيق المقصود منه .

ومن العقود ما يصح تعليقه بكل شرط كعقدى الوصية والايصاء وكعقد الوكالة .

* * *

ثانيا — أقسام العقود بحسب طبيعتها ونوعها

هناك من العقود ما تتحد فى الغاية والهدف والآثار وقـد قسمها الفقهاء الى مجموعات هى :

١ — عقود المعاوضات (المبـادلات) :

سـواء أكانت معاوضـة أو مبادلة مال بمال كالبيـع بجميـع أنواعه[١] . بما فيها السلم[٢] والصرف[٣] والقرض[٤] .

---

(١) كالمساومة وهو أن تبيع بالثمن الذى تتفق عليـه نتيجة المساومة مع العاقد الآخر ، وبيع الوضيعة وهو بيع بمثل الذى قام عليك الشىء به مع نقصان جزء يرتضيه طرفا العقد أى يبيع بخسـارة ، وبيع المرابحة وهو أن تبيعه بما قام عليك من ثمن ومؤنة مع زيادة قدر تتفق عليه مـع المشترى كربح لك ، واشترط الفقهاء شروطا منعا للربا .

(٢) السلم وهو بيع آجل وهو المبيع بعاجل وهو الثمن .

(٣) الصرف ، بيع جنس الأثمان بعضها ببعض ولا بد فيه من قبض البدلين فى المجلس .

(٤) وهو أن تعطى غيرك شـيئا مثليا من مالك على أن يرد لك مثله فى الوقت المتفق عليه .

أم كانت معاوضة مال بمنفعة مال كالاجارة والاستصناع والمضاربة[1] .

أم كانت معاوضة مال بما ليس مال ولا منفعة مال كالزواج والخلع[2] .

أم كانت معاوضة منفعة بمنفعة كقسمة المهاياة .

٢ ـ عقود التبرعات :

وهى ما يكون التمليك فيها بغير مقابل كالهبة والصدقة والوصية والوقف والاعارة والابراء ، ويدخل فيها ما يكون تبرعا ابتداء ومعاوضة انتهاء كالقرض والكفالة والحوالة .

٣ ـ عقود الاسقاطات :

وفيها يسقط الشخص حقه أو شيئا منه ، وقد تكون اسقاطات محضة كالطلاق المجرد وتسليم الشفعة . وقد تكون اسقاطات فيها معنى التبرع كالابراء من الدين والوقف .

٤ ـ عقود الاطلاقات :

وفيها تطلق يد الشخص فى شىء لم يكن له التصرف فيه قبل العقد كالايصاء والوكالة والامارة والاعارة والقضاء والمضاربة ويمكن اعتبارها من عقود الاسقاطات على رأى البعض[3] .

وان كنا نميل الى اعتبارها ضمن مجموعة عقود الاطلاقات لعدم زوال صفة صاحب الحق الأصلى أو الأصيل .

---

(١) المضاربة عقد على شركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الآخر وأن يكون الربح بينهما ، راجع الهداية جـ ٣ ص ١٦١

(٢) وبدل الخلع مقابل بافتداء العصمة واطلاق حرية الزوجة بعد التقيد بمشيئة الزوج .

(٣) د. محمد سلام مدكور ، المرجع السابق ص ٥٩٧ .

٥ ـ عقود التقييـدات :

وفيها يقيـد الشخص غيره ويمنعه من تصرف كانت قـد أطلقت يده فيـه كعزل الوكيل والوصى وناظر الوقف •

٦ ـ عقود الشركات :

وسميت كذلك لأن فيها الاشـتراك فى ثمـار المـال وأرباحـه كالمضاربة والمزارعة •

٧ ـ عقود التامينات او التوثيق او الضمانات :

وهى عقـود يطمئن بها الدائن على وفاء دينه كالرهن والكفـالة والحوالة •

٨ ـ عقود الاستحفاظات :

وهى التى تحدث بين الشـخص وغيره لمجرد ايداع شىء عنـده للحفظ أو حراسته كالوديعة والحراسـة •

ومن التقسيمات التى يتضمنها هـذا التقسيم تقسيم العقد باعتبار اشتراط قبض المعقود عليـه أو عـدم اشتراطه وبهذا الاعتبار تنقسم العقود فى الفقه الاسـلامى الى أربعة أقسـام هى :

١ ـ ما لا يشترط فيها القبض لا فى صحته ولا فى لزومه ولا فى استقراره كالنكاح والحوالة والوكالة والوصية والجعالة •

٢ ـ ما يشـترط القبض فى صـحته مثـل الصرف حيث يجب القبض فورا •

٣ ـ ما يشترط القبض فى لزومه كالرهن والهبة للأجنبى •

٤ ـ ما يشترط القبض فى استقراره كالبيع والسـلم والاجارة والصداق • وفيما عدا النوع الثانى يترتب على مجرد العقد آثاره دون حاجة الى القبض الا لزومه واستقراره فيتوقفان على القبض •

* * *

ثالثا — أقسام العقود باعتبار وصفها بالصحة والبطلان

تنقسم العقود من هذه الناحية الى عقود صحيحة وغير صحيحة .

● **العقـد الصـحيح : .**

هو ما صـــدر من أهله مضافا الى محله صالح لحكمه وسلم من خلل في ركنــه أو في أوصافه وكان صدوره لمن له ولاية على العقـد وبعبارة أخرى هو ما كان سببا صالحا لترتب آثاره الشرعية عليه ، وكما يقول الأحناف هو ما شرع بأصله ووصفه .

والعقود الصحيحة تنقسم الى قسمين رئيسيين هما :

(أ) العقد الصحيح النافـذ :

ويكون كذلك اذا صـــدر ممن له ولاية احداثه ومتى كان العقد نافذا لزم الوفاء به . وينقسم العقد النافذ الى قسمين :

١ — نافـذ لازم :

هو ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ولا يقبل الفسخ بطبيعته كالخلع ، وهذا النوع لا يدخله الخيـــار ، أو لا يقبل الفسخ الا بتراضى طرفيــه كالبيــع والاجــارة ، أو اذا اتفقــا على التقايل منــه[١] .

هذا مع مراعاة انقســـام آراء الفقهاء فيما يتعلق بخيار المجلس .

٢ — نافـذ غير لازم :

وهو ما كان فيــه الخيـــار[٢] لكل من العاقدين أو لأحــدهما ،

---

(١) مجلة الأحكام العــدلية ، انظر التوضيح على التنقيح جـ ٢ ص ١٢٣ ، البدائع جـ ٥ ص ٣٠٦ ، المــادة ١١٤ من المجلة .

(٢) معنى الخيار هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما الحــق فى فســـخ العقد او امضائه . والعلة الدافعة لشرعية الخيـــارات هى الاستيثاق من الرضا ، وتثبت الخيارات اما باشتراطها فى العقــد واما =

أو ما كان العقد بطبيعته غير لازم للمتعاقدين ، ولكل منهما أن يستبد بفسخه منفردا دون رأى الآخر أو بموافقته كالوديعة والعارية والوكالة . أما اذا كان العقد لازما لأحد العاقدين دون الآخر فلا يملك الانفراد بفسخه ويملك ذلك الآخر كعقد الرهن والكفالة .

(ب) العقد الصحيح الموقوف[1] :

يذهب الأحناف والمالكية والحنابلة — فى احدى الروايتين فى المذهب — الى أن العقد اذا صدر ممن لا ولاية له فى اصداره كان صحيحا موقوفا نفاذه على الاجازة ممن يملك تلك الولاية كعقد الفضولى وبيع الصبى المميز والسفيه — فاذا تحققت الاجازة انقلب العقد صحيحا نافذا اذا الولاية عندهم شرط فى النفاذ ومن ثم لا يظهر أثره فى المعقود عليه الا بعد اجازته اجازة معتبرة شرعا .

ويذهب غير الأحناف والمالكية من الفقهاء الى أن هذا النوع من العقود باطل لا ينعقد أصلا فالولاية شرط فى الانعقاد عندهم لا من شروط النفاذ .

* * *

● **العقد غير الصحيح :**

يذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف الى أن العقد غير الصحيح هو ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية و لايترتب عليه أثره الشرعى لخلل فى صيغته أو ركنه أو محله أو فى العاقد أو فى أى وصف اتصل

=

بتقرير الشارع ومن الاولى خيار التعيين وخيار الشرط ، ومن الثانية خيار العيب وخيار الرؤية — البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٥ ، المادة ١١٥ ، ٣٧٦ من مجلة الأحكام العدلية .

(١) انظر نظرية العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ، د. عبد الرزاق حسن فرج .

به يخرجه عن مشروعيته ـ فى أصله أو فى وصفه ـ فهذه العقود لا تنعقد ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة[1] .

أما الأحناف فيقسمون العقد غير الصحيح الى عقد باطل وعقد فاسد :

العقد الباطل : وهو ما كان عدم الصحة لسبب فى أصله كعدم وجود بعض أركانه كمحله أو لانتفاء معناه ، واذن فالعقد الباطل هو ما لم يشرع أصلا أو ما لا يعتبره الشارع موجودا[2] وان وجدت له صورة فى الخارج ومن ثم لا يصلح لأن يترتب عليه أى أثر من آثاره .

أما العقد الفاسد : فهو ما لم يشرع بوصفه ولكن تحقق وجوده شرعا لتوافر أركانه ومحله وتحقق معناه ولكن اتصل به وصف نهى عنه الشارع فيخرج العقد عن مشروعيته كأن يكون الثمن فى عقد البيع مالا غير متقوم شرعا فالخلل فى العقد الفاسد يرجع الى وصف من أوصافه ، أو شرط من شروطه[3] .

ويرى الأحناف أن العقد الفاسد منعقد وله وجود الا أن الشارع لا يقره بل يكرهه ويأمر بفسخه ما لم يحدث فى محل العقد ما يمتنع معه الفسخ كأن يكون البيع دارا فهدمها أو شاة فذبحها .

ولم يفرق الأحناف فى عقد النكاح بين فاسد وباطل فى الحكم لتحقق نهى الشارع عنهما ومن ثم ففاسد النكاح وباطله سواء .

---

(١) جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر ـ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٥٣ ، الأحكام فى أصول الاحكام للآمدى ج ١ ص ١٨٧ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ١٤٥ ، المحلى ج ٨ ص ٤٢١ .

(٢) انظر بدائع الصنائع ج ٥ ص ٣٠٣ .

(٣) انظر المادة ٢١٨ من مرشد الحيران والمادتين ١٠٩ ، ٣٦٤ من مجلة الأحكام العدلية ، البحر الرائق لابن نجيم ج ٦ ص ٧٤ ، الزيلعى فى تبيين الحقائق ج ٤ ص ٤٥

والعقد الفاسد تترتب عليه بعض الآثار دون بعض ، ففى البيع مثلا يثبت الملك للمشترى فى المبيع اذا قبضه باذن البائع صراحة أو دلالة ولا يثبت له حق الانتفاع بالبيع لأنه ملك خبيث .

والعقد الفاسد لا ترد عليه الاجازة ويجب على كل من المتعاقدين فسخه ولا ينتقل الملك فيه قبل القبض .

والفسخ فيه مشروط بشرطين هما :

١ ــ بقاء المعقود عليه على ما كان عليه قبل القبض فلو تغير أو هلك أو استهلك ، فانه يمتنع الرد وان كان الاثم باقيا .

٢ ــ عدم تعلق حق الغير به والا امتنع عليه الرد أيضا[١] .

وعلى ذلك فالخلل فى أصل العقد ليس لخلل فى الوصف عند الحنفية خلافا لجمهور الفقهاء اذ يجعلونهما مرتبة واحدة . كما يرتب الحنفية على الخلل فى أصل العقد البطلان وعلى الخلل فى وصف العقد الفساد[٢] ، ويرتب الجمهور على الخلل الحاصل فى الحالين البطلان ، دون تمييز فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسبابا لبطلان العقد

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٣٠٠ وما بعدها ، البحر الرائق لابن نجيم جـ ٦ ص ٧٥ ، تبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ٤٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٨٥ ، المادة ٩٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) ومن الحالات التى يعتبر فيها العقد فاسدا : حالات عدم تعيين الثمن كبيع الشىء بما يريده أو بما يجب أو بمثل ما يبيعه الناس وحالات بيع ما فى تسليمه ضرر كبيع جزع فى سقف أو آجر له فى حائط ، انظر فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ٤ ص١٤٦ الطبعة الثالثة . ويمكن تصحيح العقد الفاسد بازالة سبب الفساد كتحديد الثمن فى الأمثلة السابقة أو تجديد البيع أو اسقاط الشرط الفاسد ومن ثم ينقلب العقد صحيحا أما اذا لم يمكن ازالة سبب الفساد فلا يمكن تصحيح العقد ــ انظر الوسيط فى نظرية العقد ، د. عبد المجيد الحكيم جـ ١ ص ٥١٨ .

كما لا يتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين[1] .

هذه هى أقسام العقود وللفقهاء اختلاف حول دخول بعض العقود فى أحد هذه الأقسام دون الآخر وهذا موضح فى موضعه من هذه العقود .

* * *

تقسيم العقود فى القانون وفقهه

تظهر أهمية تقسيم العقود فى معرفة القواعد التى تنطبق على كل مجموعة منها وليس هناك ما يمنع من أن يندرج العقد الواحد فى أكثر من مجموعة كعقد البيع يعتبر عقدا مسمى ورضائيا وملزما للجانبين وهكذا .

وتقسيم العقود من صنع الفقهاء ، لذلك يختلف التقسيمان باختلاف الوجهة التى ينظر منها الى العقد وذلك على النحو التالى :

أولا ــ العقود المسماة والغير مسماة :

تنقسم العقود من ناحية تقسيم القانون لها الى عقود مسماة وعقود غير مسماة :

ــ والعقد المسمى (Contrat Nommé) :

هو الذى وضع له القانون اسما خاصا وتكفل ببيان القواعد المنظمة له ويكفى المتعاقدين أن يتفقوا على العناصر الجوهرية فى العقد وتعتبر الأحكام التى نص عليها القانون مكملة لارادة المتعاقدين وهذا هو الأصل ومن ثم يجوز للأفراد أن يتفقوا على خلافها الا أن تتصل بعض الأحكام بالنظام العام والآداب ومن ثم فلا يجوز الخروج عليها باتفاق مخالف .

(1) انظر مصادر الحق للسنهورى جـ ٤ ص ٣٠٠ .

ومن العقود المسماة وفقا للتنظيم الذى أخذ به القـانون المدنى المصرى :

عقود تقع على الملكية : كالبيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والتصـالح .

عقود ترد على الانتفاع بالشىء : كالاجارة والعارية .

عقود ترد على العمل : كالمقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسـة .

عقود الغرر : كالمقامرة والرهان والمرتب مـدى الحيـاة وعقـد التـأمين .

عقود الضمان : كالكفالة وعقد الرهن الرسمى والحيازى .

ــ والعقد غير المسمى (Contrat innommé) :

وهو العقد الذى لم ينظمه القانون لعـدم ظهورها وقت وضـع القانون أو نظرا لقلة أهميتها فى الحيـاة العملية وهذه الطائفة من العقود لم يحدد القانون قواعد تحكمها أو قواعـد خاصـة بها تطبق عليهـا فى حالة عدم اتفاق الطرفين ، ومن ثم فالقاضى اذا عرض عليه نزاع بعقد غير مسمى استقصى الحكم أولا فى القواعد العامة للالتزامات فان تعذر لجأ الى القواعـد الخاصـة بأقرب العقود المسماة عن طريق القيـاس كل ذلك ما لم يوجـد اتفاق أو عرف فان وجد هذا أو ذاك كان هـو الواجب الاتبـاع .

ومن أمثلتها : عقد النشر بين المؤلف والناشر وعقد التوريد وعقد النزول فى فندق ... الخ .

وتكييف العقد أو وصفه بين عقد مسمى أو غير مسمى مسـألة قانونية يفصل فيها القاضى من تلقاء نفسـه دون التقيـد بالوصـف أو التكييف الذى يعطيه المتعاقدان للعقد .

ثانيا ــ العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى :

العقد من حيث التكوين اما أن يكون عقدا رضائيا (Contrat Conensuel) أو عقدا شكليا (Cohtrat Selennet) أو عقدا عينيا (Contrat réel) .

ــ العقــد الرضــائى :

وهو العقد الذى يكفى التراضى لانعقاده ، وأكثر العقود فى القانون رضائية باعتبار أن الأصــل فى العقود فى الوقت الحاضر الرضائية وذلك كالبيع والاجارة والقرض والعارية والوديعة والوكالة ... الخ . ولا يخل برضائية العقد أن يشترط فى اثباته شكل مخصــوص كالكتابة ونحوها ، وعلى ذلك فان الكتابة اذا كانت لازمة للاثبات فان العقد غير المكتوب يجوز اثباته بالاقرار أو اليمين وذلك ما لم يكن ركنا شكليا فى العقد ومن ثم فان العقد غير المكتوب فى هذه الحالة يكون غير موجود حتى مع الاقرار أو اليمين .

ــ العقــد الشــكلى :

وهو ما لا يتم بمجرد التراضى بل لا بد لانعقاده من أن يفرغ فى شكل مخصوص يعينه القانون ، وتوافر الشكلية لا يحول دون الطعن فى العقد اذا تخلفت الارادة أو كانت معيبة .

وقد تكون الشكلية باتفاق طرفى العقد لا بحكم القانون مثــل اتفاق المتعاقــدان على أن يكون العقــد النهائى بينهما مكتوبا ســواء بقصد تكوين العمل القانونى أو بقصد اثباته[1] .

والشكلية فى الوقت الحاضر تعتبر استثناءا فى التنظيم القانونى المعاصر بقصــد حماية المتصرف فى الغالب وتنبيهه الى خطورة ما هو مقــدم عليــه .

وقد تكون الشكلية كتابة رسمية[2] كما فى هبــة العقار (م ٤٨٨

(١) انظر أحكام القضاء المشــار اليها فى الوسيط للدكتور السنهورى ص ١٦٣ هامش ١

(٢) د. اسماعيل غانم ، محاضرات فى مصادر الموجبات ص ٣٥ ، دكتور عبد المنعم البدراوى ، مصادر الالتزام فقرة ٦٥ هامش .

مدنى مصرى) ، كما قد تكون الشكلية كتابة عرفيـــة كما فى عقـــد

الشركة المدنية (م ٥٠٧ مدنى مصرى) •
والشكلية التى يتطلبها القـــانون فى عقـــد من العقـــود يجب أن تراعى أيضـــا فى الوعـــد بابرامه وفى التوكيل فى ابرامه (م ٧٠٠ مدنى مصرى) وفى اجازته وكذلك فيما يدخل على العقد من تعديل لا فيما يضاف اليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء به[1] •

ـ العقـــد العينى :

وهو ما لا يتم بمجرد التراضى بل لا بد لانعقاده وتمامه من تسليم العين محل العقد •

وليس فى القانون المدنى المصرى من عقـــد عينى ســـوى هبـــة المنقول (م ٤٤٨ مدنى)[2] وهى ما يقال له الهبة اليـــدوية ، فهـــذه الهبة فى القانون المصرى اذا لم تتم تحت ســـتار عقـــد آخـــر تكون بورقة رســـمية ومن ثم تكون عقـــدا شكليا ويجوز أن تتم بالقبض دون حاجة الى ورقة رسمية وحينئذ فقط تكون عقدا عينيا •

والعينية فى العقد كما تكون بحكم القانون يجوز أن تكون باتفاق الطرفين فلا يتم العقد الا بتسليم المعقود عليـــه أو بتنفيـــذ شـــطر من التزام أحد الطرفين كما فى عقد التأمين •

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٧٢ ـــ ٧٤ هامش .
(٢) ومثالها فى القانون اللبنانى هبة المنقول (مادة ٥٠٩) ، والوديعة (مادة ٦٩٥) ، وعارية الاســـتعمال (مادة ٧٣٢) ، والرهن الحيـــازى (مادة ٣) من المرسوم الاشتراكى رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٢ الملحق بقانون الموجبات والعقود ، وهذه عقود رضائية فى القانون المصرى ما عدا الهبة اليدوية . ومثالها فى القانون المغربى (مادة ١١٨٨) فى الرهن الحيازى ، و (مادة ٨٣٣) فى عارية الاستعمال ، و (مادة ٧٨٧) فى الوديعة .

ثالثا – عقود المساومة وعقود الاذعان :

وعقد المساومة هو الذى يكون لطرفيه أن يناقشا شروطه بحرية قبل ابرامه كالبيع والشركة والوكالة ... الخ .

وعقد الاذعان هو الذى يملى فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها .

وتبدو أهمية التمييز بين العقدين فى مدى تدخل القانون لتنظيم آثار العقد ، فسلطة القانون أوسع مدى فى عقود الاذعان اما بطريقة مباشرة بأن يفرض القانون قواعد آمرة يتعين مراعاتها كالتسعير لبعض السلع الضرورية كالكهرباء والغاز والمياه والنقل . أو بطريقة غير مباشرة بأن يخول القاضى سلطة تعديل وتفسير عقود الاذعان .

رابعا – عقود بسيطة وعقود مختلطة :

العقد البسيط هو ما اقتصر على عقد واحد يتناول عملية قانونية واحدة ولم يكن مزيجا من عقود متعددة .

وقد يكون العقد البسيط عقد مسمى أو غير مسمى .

والعقد المختلط هو الذى ينطوى على عدة عمليات قانونية تشكل مزيجا من عقود متعددة اختلطت جميعها فأصبحت عقدا واحدا . وأغلب العقود غير المسماة مزيج من عدة عقود مسماة .

والعقد المختلط تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التى يشتمل عليها فى كل عقد بذاته ، الا أنه فى بعض الأحيان قد يرمى المتعاقدان الى غرض واحد يراد تحقيقه من مجموع العمليات القانونية التى يشتمل عليها العقد ، ومن ثم يكون من المفيد أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها وبصفة خاصة اذا تنافرت الأحكام التى تطبق على كل عقد من العقود التى يتكون منها ، وفى هذه الحالة

يجب تغليب العقد الذى يعتبر أساسيا فى هذه العمليات بحيث يحقق الغرض المنشود كله ونجرى حكمه على التعاقد كله كما فى عقد التليفون وقد غلب القضاء فيه عنصر العمل الذى يقوم عليه عقد المقاولة[1] . وكما فى العقد الموصوف بأنه ايجار ابتداء وبيع انتهاء وفيه يقصد المتعاقدان الى البيع بثمن مقسط ولكنهما مع ذلك يجعلان انتقال الملكية موقوفا على الوفاء بالثمن كله ويعتبران العقد ايجارا فى الفترة السابقة على هذا الوفاء وعلى هذا فهو عقد يدور بين الايجار والبيع وقد حسم القانون المصرى الخلاف واعتبره بيعا (م ٤٣٠ مدنى مصرى) .

خامسا ـ عقود ملزمة للجانبين ، والعقد الملزم لجانب واحد (العقود المتبادلة والعقود غير المتبادلة) :

العقد الملزم للجانبين هو الذى ينشىء التزامات متبادلة ومتقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين وذلك منذ تكوينه ومن ثم يكون هناك ارتباط وتقابل بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

والعقد الملزم لجانب واحد هو الذى ينشىء التزامات فى ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر فيكون مدينا غير دائن ويكون الطرف الآخر دائنا غير مدين مثل الوديعة غير المأجورة والهبة ، ولا يجب الخلط بينه وبين التصرف الصادر من جانب واحد الذى ينعقد بارادة واحدة كما فى الوصية والوقف والوعد بجائزة ، أما العقد الملزم لجانب واحد فهو عقد يتم بتوافق ارادتين ولكن أثره يتعلق بجانب واحد فقط .

وتأسيسا على ما تقدم من بيان الضابط فى العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد يترتب عدة نتائج من أهمها :

---

(١) انظر د. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ص ٨٨ هامش ١

١ — لا محل للفسخ فى العقد الملزم لجانب واحد على حين وجوده فى العقد الملزم للجانبين وهو ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمنى (م ١٥٧ مدنى مصرى) .

٢ — الدفع بعدم التنفيذ بدلا عن الفسخ فى العقد الملزم للجانبين (م ١٦١ مدنى) ولا محل لهذا الدفع فى العقد الملزم لجانب واحد .

٣ — فى العقد الملزم للجانبين يطبق مبدأ تحمل تبعته استحالة تنفيذ الالتزام اذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته فينفسخ العقد من تلقاء نفسه (م ١٥٩ مدنى مصرى) أما فى العقد الملزم لجانب واحد فان المتعاقد الآخر هـو الذى يتحمل استحالة تنفيذ المتعاقد الملتزم لالتزامه .

سادسا — عقود المعاوضة وعقود التبرع :

عقـد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه .

وعقد التبرع هو العقد الذى لا يأخذ فيه أحد العاقـدين مقابلا لما يعطى ولا يعطى المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه كالهبة والعارية ، ويميز الفقهاء فى عقود التبرعات بين عقد الهبة وعقد التفضل ففى الهبة يخرج مال من ذمة المتبرع أما فى عقد التفضل فالمتبرع لا يخرج عن ملكية ماله وفى نفس الوقت يقدم منفعة للمتبرع له كما فى العارية والكفالة .

وقد يكون العقد الملزم للجانبين تبرعا كما فى الهبة بعوض ، وقد يكون العقد الملزم لجانب واحد معاوضة كما فى الكفالة اذا أخذ الكفيل أجـرا من المدين .

وللتمييز بين عقد المعاوضة وعقد التبرع ينظر الى العملية القانونية

فى جملتها بحيث يعتد بعناصرها المادية والنفسية فى وقت واحد[1] •
وقد يكون العقد تبرعا بالنسبة الى جزء منه فحسب فاذا كان العوض فى الهبة ضئيلا بالنسبة الى المال الموهوب كان العقد فى جملته تبرعا ، واذا كان العوض يبلغ نصف قيمة المال الموهوب فان العقد يكون تبرعا بقدر الفرق بين الاثنين ، ومعاوضة فيمة عدا ذلك •

وهناك صور يكون العقد فيها معاوضة بالنسبة لأحد الطرفين وتبرعا بالنسبة للطرف الآخر ، اذ أن المعاوضة لا يشترط فيها تلقى العوض من المتعاقد الآخر كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون صادرا للمتعاقد الآخر ويتحقق ذلك حين يتناول العقد عملية قانونية تخص وتعنى ثلاثة أشخاص كعقد الكفالة ، فالكفالة بالنسبة للدائن معاوضة ، وبالنسبة للكفيل قد تكون تبرعا وقد تكون معاوضة •

وتظهر أهمية التمييز بين عقود التبرعات وعقود المعاوضات على وجه الخصوص فيما يأتى :

١ ــ فيما يتعلق بالمسئولية عن الاخلال بالتزام ومدى الالتزام بالضمان فهما فى المعاوضات أوسع منهما فى التبرعات •

٢ ــ الأصل أن الغلط فى شخص المتعاقد يعيب الارادة فى عقود التبرع فيجعلها قابلة للابطال ، أما فى عقود المعاوضات فان الغلط فى شخص المتعاقد لا يعيب الارادة ما لم يكن محل اعتبار خاص فى العقد كما فى الشركة والمزارعة •

٣ ــ يجوز الطعن فى عقود التبرع بالدعوى البوليصية دون حاجة الى اثبات سوء نية المتبرع له على عكس عقود المعاوضات اذ لا بد من اثبات سوء النية •

---

(١) د . عبد المعطى خيال ــ المرجع السابق فقرة ٦٥ ، د . حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق فقرة ٦٣ ، د . سليمان مرقس ، المرجع السابق فقرة ٥١ ، د . عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص ٧٨

ســابعا ــ عقود محددة وعقود احتمالية :

العقد المحدد هو العقد الذى يمكن لكل من طرفيه أن يحدد وقت التعاقد القدر الذى آخذ والقدر الذى أعطى كالبيع .

والعقد الاحتمالى هو العقد الذى لا يمكن لطرفيه أن يحددا وقت ابرامه قيمة ما يعطيانه أو يأخذانه اذ يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع كعقد التأمين على الحياة وعقــود المقامرة والرهــان .

واحتمال الكسب والخسارة عنصر جوهرى لقيام العقد الاحتمالى لأن ما يسفر عنه هذا الاحتمال هو الذى يحدد محل الالتزام الذى يقع على عاتق المتعاقــد فاذا انعــدم هــذا الاحتمال على نحو يخالف ما قصدت اليه الارادة كان العقد باطلا لتخلف المحل .

والالتزام الذى لا يعرف مداه وقت ابرام العقد الاحتمالى موجودا وليس مهددا بالزوال ومن ثم يختلف عن الالتزام المعلق على شرط سواء أكان الشرط فاسخا أو واقفا .

وعقد التبرع قد يكون احتماليا كما فى عقــد ايراد مرتب مدى الحياة بدون عوض [١] .

ثامنا ــ العقود الفورية وعقود المدة او العقد الزمنى :

العقد الفورى هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذه سواء تم هذا التنفيذ فورا أو تراخى الى أجل أو آجال متتابعة اذ لا دخل للزمن فى تحديد محله واذا تدخل الزمن فانه يتدخل كعنصر عرض لتحديد وقت التنفيذ وليس لتحديد مقدار المحل ، فمحل العقد الفورى انما يقاس بالمكان لا بالزمان أو هو حقيقــة مكانية لا حقيقــة زمانية[٢] ، ولم يسم العقد الفورى بالعقد المكانى لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هى فى اثبات المكان له بل فى نفى الزمان عنه .

---

(١) د . السنهورى ، الوسيط ص ١٧٧ ، مرجع سابق .
(٢) د . عبد الحى حجازى ، نظرية عقد المدة ، رسالة القاهرة ١٩٥٠ .

والعقد الزمنى أو عقد المــدة أو العقد ذو التنفيذ الممتد هــو العقد الذى يكون الزمن عنصرا جوهريا فى تنفيذه فيكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقد ، فالمنفعة لا يمكن تقديرها الا بمدة معينــة والعمل كذلك ، وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان أو تقاس بحيز مكانى بحيث يمكن تنفيذها دفعة واحدة. ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار الأداء مدة من الزمن لحاجة متكررة مثل عقود التوريد ، ومن ثم ينقسم العقد الزمنى أو عقــد المــدة الى عقــد ذى تنفيــذ مستمر (Contrat à execution continen) وعقـــد ذى تنفيـــذ دورى (Continue exécution Periodique) كعقــد التوريد والايراد المرتب مدى الحياة .

وتظهر أهمية التمييز بين العقــد الفورى وعقد المــدة أو الزمنى فيما يأتى :

١ ــ الفسخ فى العقد الفورى ينسحب أثره على المــاضى ، وعلى عكس العقد الزمنى فلا ينسحب الفسخ فيه على المــاضى لأن ما مضى من الزمن أو ما نفذ من العقد لا يمكن اعادته .

٢ ــ وقف تنفيذ العقد الفورى لا يؤثر فى التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، أما فى عقد المدة فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص فى كمه وزوال جزء منه .

٣ ــ تتقابل الالتزامات فى عقد المدة من حيث الوجود والتنفيــذ فما يتم منها فى جانب يتم ما يقابله فى الجانب الآخر ، أما فى العقد الفورى فيتحقق التقابل فى الوجود وقد لا يتحقق فى التنفيذ كما فى البيع بثمن مقسط اذا دفع المشترى أقساطا دون أن يأخذ ما يقابلها من المبيع ولجأ الى فسخ العقد واسترداد ما دفعه من الثمن .

٤ ــ الاعذار شرط لاستحقاق التعويض فى العقد الفورى فى أغلب الأحوال ، أما فى عقد المدة فلا فائدة ترجى من الاعذار لفوات الزمان الذى يمثل عنصرا جوهريا فى العقد .

٥ ـ عقد المدة يتيح الفرصة لنظرية الظروف الطارئة باعتبار الزمن ممتدا فيه ، أما العقود الفورية فلا مجال فيها لتطبيق هذه النظرية ما لم تكن مؤجلة التنفيـذ •

تاسعا ـ العقد الفردى والعقد الجماعى :

العقد الفردى هو العقد الذى لا تنصرف آثاره لغير المتعاقدين فيه فلا ينشىء حقا ولا يرتب التزاما الا لمن كان طرفا فيه •

والعقد الجماعى أو المشترك فهو الذى تنصرف آثاره الى أشخاص لم يظهروا ارادتهم فى قبوله بحيث ينشىء حقوقا ويرتب التزامات لمن لم يكن طرفا فيه ويكتفى فى هذا النوع من العقود بقبول أغلبية مجموعة من الأشخاص بحيث تجد فيه الأقلية نفسها مقيدة بعقد لم تبرمه ولم توافق عليه بل ربما عارضت انعقاده [١] •

وأهم العقود الجماعية عقد العمل المشترك وعقد الصلح المبرم بين التاجر المفلس ودائنيه •

عاشرا ـ العقود الادارية والعقود التجارية والعقود المدنية :

العقد الادارى هو الذى تكون الادارة طرفا فيه بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عـام متضمنا لشروط اسـتثنائية غير مألوفة فى القـانون الخاص [٢] ، والعقود التجارية هى العقود التى نظمها القانون التجارى أو العرف التجارى وتخضع أساسا لأحكامه وقد تخضع لقواعد القانون المدنى اذا لم توجد قواعد تجارية تتعارض معها •

* * *

---

(١) د . أحمد حسن البرعى ـ المرجع السابق ص ٤٩

(٢) د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقـود الادارية ص ٢٠ ط ٢ سنة ١٩٦٥

● **تعقيب وموازنة :**

يتضح لنا مما سبق فى أقسام العقود أن لكل من الفقه الاسلامى والفقه القانونى طريقته فى تقسيم العقود بما يتلائم مع الأصــول التى يستمد منها كل منهما أحكامه ، ففى الفقه الاسلامى استنادا الى أقسام الأحكام الشرعية وابتنائها على الحلال والحرام نجد فيه تقسيم العقــود الى صحيح وباطل أو فاسد ، وللطبيعة الخاصــة بالصناعة فى الفقــه الاسلامى نجــد فيه العقد الموقوف ، والعقــد اللازم ، والنافذ وغير اللازم جائز .. وهكذا .

* * *

فهـــرس المراجـــع

أولا ـ كتب التفسير وأحكام القرآن :

١ ـ أحكام القرآن لأبى بكر أحمد بن على الرازى الجصاص •

٢ ـ تفسير القرآن الكريم المشهور بتفسير المنار لمحمد رشـيد رضـا •

٣ ـ الجامع لأحكام القرآن لأبى عبد الله محمـد بن أحمـد الأنصارى القرطبى •

٤ ـ المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم لمحمد فؤاد عبد الباقى•

٥ ـ تفسير الفخر الرازى •

٦ ـ جامع البيان للطبرى •

٧ ـ فتح القدير للشوكانى •

ثانيا ـ كتب أصول الفقه :

٨ ـ الاحكام فى أصول الأحكام لسيف الدين أبى الحسن على ابن أبى على بن محمد الآمدى •

٩ ـ التوضيح على التنقيح للقاضى صدر الشريعة عبد الله بن مسعود المحبوبى مطبوع بهامش شرح التلويح على التوضيح •

١٠ ـ الموافقات فى أصول الشريعة الاسلامية لأبى اسحاق ابراهيم ابن موسى اللخمى الغرناطى المـالكى المشهور بالشاطبى •

١١ ـ أصول الفقه للشيخ محمد زكريا البرديسى •

١٢ ـ مباحث الحكم عند الأصولين للدكتور محمد سلام مدكور•

ثالثا ـ كتب الفقه الحنفى :

١٣ ـ الأشباه والنظائر لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم •

١٤ ـ غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموى •

١٥ ــ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الملقب بملك العلماء •

١٦ ــ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى •

١٧ ــ حاشــية الشلبى على تبيين الحقائق لشهاب الدين أحمــد الشــلبى •

١٨ ــ تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق لمحمد بن حسين بن على الشهير بالطورى الحنفى القادرى •

١٩ ــ جامع الفصولين لمحمود بن اسرائيل الشــهير بابن قاضى ســماوة •

٢٠ ــ الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام للقاضى محمــد بن فرامور الشهير بمنلا خسرو •

٢١ ــ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين ابن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين •

٢٢ ــ شرح العناية على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البــابرتى •

٢٣ ــ شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدى لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام •

٢٤ ــ مجلة الأحكام العدلية •

٢٥ ــ فتاوى على أفندى •

٢٦ ــ الفتاوى الهندية •

٢٧ ــ مرشــد الحيران •

٢٨ ــ الفتــاوى البزازية •

٢٩ ــ الفتاوى الحامدية •

٣٠ ــ الفتاوى الخانية لفخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى المشهور بقاضى خان •

٣١ ــ المبسوط لشمس الأئمة أبى بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسى •

٣٢ ــ مجمع الضمانات لأبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى •

٣٣ ــ الهداية شرح البداية لشيخ الاسلام برهان الدين أبى الحسن على بن أبى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المرغينانى •

رابعا ــ كتب الفقه المالكى :

٣٤ ــ الفروق لشهاب الدين أبى العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجى المشهور بالقرافى •

٣٥ ــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبى الوليد محمد بن أحمد ابن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى •

٣٦ ــ بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك لأحمد ابن محمد الصاوى •

٣٧ ــ البهجة شرح التحفة لأبى الحسن على بن عبد السلام التسولى •

٣٨ ــ التاج والاكليل لمختصر خليل لأبى عبد الله محمد بن يوسف ابن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق •

٣٩ ــ تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية لمحمد ابن على بن حسين •

٤٠ ــ فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك لأبى عبد الله محمد عليش •

٤١ ــ حاشية البنانى على شرح الزرقانى على مختصر خليل لمحمد البنانى •

٤٢ ــ حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقى •

٤٣ ــ حلى المعاصم لبنت فكر بن عاصم لأبى عبد الله محمد التاودى ابن محمد الطالب بن سورد •

٤٤ — شرح الخرشى على مختصر خليـل لأبى عبد الله محمـد ابن عبد الله الخرشى •

٤٥ — قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهيـة لمحمد ابن أحمد بن جزىء الغرناطى •

٤٦ — مختصر خليل لأبى الضياء خليل بن اسحاق •

٤٧ — المدونة الكبرى للامام مالك •

٤٨ — مواهب الجليل شرح مختصر خليل لأبى عبد الله بن محمد ابن محمد بن عبد الرحمن السرقى المشهور بالحطاب •

خامسا — كتب الفقه الشافعى :

٤٩ — الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى •

٥٠ — الأم لأبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى •

٥١ — شرح التحرير لشيخ الاسلام أبى يحيى زكريا الأنصارى •

٥٢ — فتح العزيز شرح الوجيز لأبى القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعى •

٥٣ — مغنى المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمـد الشربينى الخطيب •

٥٤ — المهـذب لأبى اسـحاق ابراهـيم بن على بن يوسـف الفيروزآبادى الشبراوى •

٥٥ — المجموع للنووى •

٥٦ — نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشـمس الدين محمـد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى •

٥٧ — جواهر العقود ومصدر القضاة والموقعين والشهود لشمس الدين محمد بن أحمد المنهاجى الأسيوطى •

سادســا ــ كتب الفقه الحنبلى :

٥٨ ــ اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن قيم الجوزية •

٥٩ ــ الشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين أبى الفــرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة •

٦٠ ــ كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن ادريس الحنبلى•

٦١ ــ المغنى على مختصر الخرقى لموفق الدين أبى محمد عبد الله ابن أحمد بن محمود بن قدامة •

٦٢ ــ الكافى فى فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل لشيخ الاسلام أبى محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة •

٦٣ ــ الروض المربع شرح زاد المستقنع للشيخ منصور بن يونس ابن ادريس البهوتى وحاشية الروض المربع للشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقرى •

٦٤ ــ حاشية الروض المربع للعنقرى •

٦٥ ــ الافصاح عن معانى الصحاح للوزير عون الدين أبى المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ، نظرية العقد لشيخ الاسلام ابن تيمية •

٦٦ ــ الفتاوى لشيخ الاسلام ابن تيمية •

ســابعا ــ الفقه الظاهرى :

٦٧ ــ المحلى لأبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسى•

ثامنا ــ الفقه الزيدى :

٦٨ ــ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى ابن المرتضى •

تاسعا ــ كتب الفقه العام والمصطلحات :

٦٩ ــ التعريفات للشريف على بن محمد بن على الحسينى الجرجانى•

٧٠ ــ الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لأبى عبد الله محمد ابن أبى بكر الدمشقى المعروف بابن قيم الجوزية •

عاشرا ــ كتب فقهية حديثة :

٧١ ــ أحكام المعاملات الشرعية ، الشيخ على الخفيف •
٧٢ ــ الأموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ، د• محمد يوسف موسى •
٧٣ ــ تاريخ الفقه الاسلامى ونظرية الملكية والعقود ، د• بدران أبو العينين •
٧٤ ــ الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد : المدخل الفقهى العام الى الحقوق المدنية ، د• مصطفى أحمد الزرقا •
٧٥ ــ المعاملات الشرعية المالية ، لأحمد ابراهيم بك •
٧٦ ــ الملكية ونظرية العقد ، محمد أبو زهرة •
٧٧ ــ المدخل للفقه الاسلامى ، د• محمد سلام مدكور •
٧٨ ــ نظرية العقد ، د• محمد شوكت •
٧٩ ــ نظرية العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ، د• عبد الرزاق حسن فرج •
٨٠ ــ نظرية العقد ، د• محمد شعبان حسين •
٨١ ــ مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، على الخفيف •
٨٢ ــ أحكام العقود فى الشريعة الاسلامية ، على قراعة •
٨٣ ــ الأجل فى الالتزام ، د• عبد الناصر العطار •
٨٤ ــ سبب الالتزام وشرعيته فى الفقه الاسلامى ، د• جمال محمود •
٨٥ ــ نظرية تحمل التبعة فى الشريعة والقانون ، د• عبد الحميد محمود البعلى •
٨٦ ــ الأحوال الشخصية ، أحمد ابراهيم •
٨٧ ــ المعاملات الشرعية ، أحمد أبو الفتح •

٨٨ ـ النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ، د. توفيق شحاتة .
٨٩ ـ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، د. عبد الرزاق السنهورى .
٩٠ ـ نظرية العقد ، د. عبد الرزاق السنهورى .
٩١ ـ نظرية الالتزام ، د. عبد الرزاق السنهورى .
٩٢ ـ الوسيط فى نظرية العقد ، د. عبد المجيد الحكيم .
٩٣ ـ الشكل فى الفقه الاسلامى ، محمد وحيد الدين سوار .
٩٤ ـ التراضى فى عقود المبادلات المالية ، د. السيد نشأت الدرينى (رسالة) .
٩٥ ـ نظرية الشرط فى الفقه الاسلامى ، د. حسن الشاذلى (رسالة) .
٩٦ ـ أحكام العقود فى الشريعة الاسلامية ، د. محمد أحمد الدهمى وآخرين .

احدى عشر ـ مصادر قانونية :

٩٧ ـ نظرية الالتزام ، د. أحمد حشمت أبو ستيت .
٩٨ ـ النظرية العامة للالتزامات ، د. اسماعيل غانم .
٩٩ ـ النظرية العامة للالتزامات ، د. أنور سلطان .
١٠٠ ـ النظرية العامة للالتزام ، د. جميل الشرقاوى .
١٠١ ـ النظرية العامة للالتزام ، د. عبد الرازق حسن فرج .
١٠٢ ـ النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد السلام ذهنى بك .
١٠٣ ـ النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد المنعم البدراوى .
١٠٤ ـ مصادر الالتزام ، د. عبد المنعم فرج الصدة .
١٠٥ ـ الغلط فى القانون الألمانى والمصرى ، د. عبد الودود يحيى .
١٠٦ ـ النظرية العامة للالتزامات ، د. عبد الحى حجازى .

١٠٧ ــ نظرية الالتزام فى القانون الرومانى ، د٠ محمـــد لبيب شنب ٠
١٠٨ ــ الوجيز فى النظـرية العـامة للالتزامات ، د٠ محمـــود جمال الدين زكى ٠
١٠٩ ــ الوجيز فى آثار الالتزام ، د٠ محمد على عمران ٠
١١٠ ــ المدخل للعلوم القانونية ، د٠ سليمان مرقس ٠
١١١ ــ التعليق على نصوص القانون المدنى ــ العدل ، المستشار أنور العمروسى ٠
١١٢ ــ موجز فى مصادر الالتزام ، د٠ محمد لبيب شنب ٠
١١٣ ــ نظرية الالتزام فى القانون المغربى ، د٠ أحمد حسن البرعى٠
١١٤ ــ النظرية العامة للالتزامات ، د٠ عبد الودود يحيى ٠
١١٥ ــ القوانين :
ــ القانون المدنى المصرى ٠
ــ القانون المدنى العراقى ٠
ــ القانون المدنى السورى ٠
ــ القانون المدنى المغربى ٠
ــ القانون المدنى الليبى ٠
ــ قانون الموجبات اللبنانى ٠
ــ القانون المدنى الفرنسى ٠

* * *

محتويات الكتاب

الصفحة

الفصل الأول : تكوين العقد

(٨٣ ــ ٢٨٣)

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الفصل الثانى : شروط العقود واقسامها
(٢٨٤ ــ ٣٢١)

الصفحة

* * *

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٨٩/٥٠٧٥

